

FACULTÉ DE DROIT DE L'UNIVERSITÉ DE PARIS

LES
PARTS DE FONDATEUR

THÈSE POUR LE DOCTORAT

L'ACTE PUBLIC SUR LES MATIÈRES CI-DESSUS

Sera présenté et soutenu le 10 Janvier 1910, à 3 heures

PAR

MAURICE BLANCHET

Président : M. CHAVEGRIN, professeur.
Suffragants : } MM. LYON-CAEN, professeur.
} THALLER, professeur.

LAVAL

L. BARNEOUD & C^{ie}, IMPRIMEURS

8, RUE RICORDAINE, 8

—
1910



Digitized by the Internet Archive
in 2026

THÈSE
POUR
LE DOCTORAT

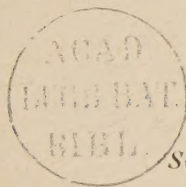
La Faculté n'entend donner aucune approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.

LES PARTS DE FONDATEUR

Sera présenté et soutenu le 10 Janvier 1910, à 3 heures

PAR

MAURICE BLANCHET



Président : M. CHAVEGRIN, professeur.

Suffragants : (MM. LYON-CAEN, professeur.
THALLER, professeur.

LAVAL

L. BARNÉOUD & C^{ie}, IMPRIMEURS

8, RUE RICORDAINE, 8

1910

CHAPITRE PREMIER

NOTIONS GÉNÉRALES ET HISTORIQUES

Même lorsqu'elle n'exige pas l'avance de capitaux, la constitution d'une société par actions est souvent pour ses fondateurs fort onéreuse.

D'abord un temps considérable peut être consacré à cette fondation ; puis il y a les expériences préliminaires, quelquefois des voyages d'études. Il faut également obtenir certains concours ; presque toujours, les fondateurs apportent à la création de la société leur compétence technique ou financière. Il importe donc, de toute nécessité, que les fondateurs soient rémunérés à raison de leur initiative : comment les indemniser ?

On pourrait évidemment, lors de la constitution de la société, distraire à leur profit une certaine fraction du capital social ; mais on diminuerait ainsi l'actif, précisément au moment où la société a en général le plus grand besoin de ses capitaux.

On a aussi quelquefois cherché à indemniser les fon-

dateurs en leur assurant un droit de préférence sur les actions nouvelles qu'au cours de son existence la société serait amenée à émettre. Si les nouvelles actions faisaient prime, la prime devait être acquise aux fondateurs. Cet avantage a paru insuffisant, lointain, et par trop aléatoire.

On émettait de même, autrefois, en faveur des fondateurs, des *actions de prime*. Celles-ci donnaient à leurs titulaires un droit tant sur les bénéfices que sur le capital social. Evidemment ce procédé était rémunérateur. Est-il licite ? Quand nous nous demanderons si la part de fondateur peut, en vertu des statuts, donner un droit sur le capital social, nous verrons qu'il y a sur ce point une assez vive controverse. En sorte que, pour éviter toute difficulté, on renonça, au moins en général, au système des actions de prime.

On pouvait également penser à créer au profit des fondateurs des actions d'apport ; mais les travaux techniques préalables, les avances d'argent nécessaires aux études préliminaires, les démarches qu'il y a parfois lieu de faire pour obtenir une concession ou pour assurer le placement des titres ne sauraient être considérés comme des éléments de l'actif social ; ils sont antérieurs à la constitution de la société ; il est d'ailleurs souvent difficile de les évaluer exactement en argent. On ne pouvait donc les rémunérer en actions d'apport, bien qu'il y eût, à certain point de vue, un apport d'importance considérable, puisque sans lui la société serait inexistante ; mais, nous le répétons, cet apport n'est pas fait à la société elle-même : il est antérieur à la constitution.

On en vint donc à la notion actuelle des parts de fondateur : le fondateur est rémunéré proportionnellement aux résultats de l'entreprise ; ce qui, au moins en théorie, l'incite à ne pas lancer une affaire dans laquelle il n'a pas confiance. D'après les statuts le plus généralement adoptés par les sociétés par actions, le fondateur n'a pas droit sur le capital social concurremment avec les actionnaires proprement dits ; il ne peut non plus voter aux assemblées générales. Nous examinerons plus loin la question de savoir si le contraire pourrait être valablement stipulé dans les statuts. En pratique, d'ailleurs, les fondateurs prennent soin de se rémunérer de la façon suivante : « Comme tous ces tâtonnements nécessitent une mise de fonds assez élevée, les fondateurs ne se soucient pas d'attendre jusqu'à la constitution le remboursement de leurs déboursés et la rémunération de leurs peines. Ils commencent par rédiger de premiers statuts, et forment, soit entre eux seuls, soit avec leurs bailleurs de fonds, une société civile dont la création de la société commerciale est le but. Qu'il y ait dans cet effort commun les éléments d'une société proprement dite, cela n'est pas douteux : il y a pour les adhérents chance de gain et de perte. La chance de perte, c'est la perspective pour les fondateurs, en cas d'insuccès, de voir les frais demeurer à leur compte ; la chance de gain, c'est l'espoir d'atteindre le résultat cherché. La société civile se dissoudra de droit à l'instant même où la société définitive prendra naissance, et ses membres échangeront leur ancien titre contre une participation aux bénéfices de l'entreprise, ou tel autre avantage particulier originairement

réservé, ratifié d'ailleurs par l'assemblée générale des souscripteurs » (1).

Ces considérations nous conduisent à la définition des parts de fondateur, objet de cette étude : « On désigne sous le nom de parts de fondateur ou bénéficiaires, des certificats négociables, nominatifs ou au porteur, créés par les statuts au profit des fondateurs, pour les rémunérer des soins mis à la constitution de la société, et attribuant une quote-part dans les bénéfices annuels, sans pouvoir d'entrée aux assemblées générales, et sans droit dans le capital social (Thaller, *Traité*, 638) ».

Telle est la définition des parts telles qu'elles furent originellement créées. Nous allons voir que, tout en conservant les caractères généraux indiqués ci-dessus, ces titres ont vu leur emploi se généraliser, pour permettre de rémunérer des services tout autres que ceux rendus par les fondateurs.

C'est, qu'en effet, les parts de fondateur ne sont pas, dans notre législation, prévues et réglementées. Mais leur validité, nous le dirons, ne fait plus aucun doute. A la fin de notre travail, nous étudierons le projet qui, les concernant, a été récemment présenté au Parlement.

Il y a une cinquantaine d'années, les parts de fondateur n'existaient pas encore dans la pratique.

La compagnie du canal de Suez nous en fournit le premier exemple, et leur succès ne fut pas étranger à leur généralisation rapide. En 1858, cent parts de fondateur, représentant 10 0/0 des bénéfices futurs, furent

1. Thaller, *Revue critique*, 1881, p. 534.

créées par M. de Lesseps en faveur de certains capitalistes dont le concours financier lui avait permis de procéder à l'étude préliminaire de son entreprise. Ces parts furent divisées par la suite en dixièmes de parts ; en 1880, chaque dixième fut à son tour fractionné en cent parties égales. Aujourd'hui, par suite, les cent parts originaires sont représentées par cent mille titres dont chacun se négocie aux environs de 2.100 francs ; elles ont donc, actuellement, une valeur globale de 210 millions de francs.

Trente ans plus tard, la compagnie du canal inter-océanique de Panama émit aussi des parts de fondateur. Le public, escomptant le succès des parts de Suez, spécula sur ces nouveaux titres avec une telle frénésie qu'ils montèrent rapidement de 5.000 à 30.000 fr., pour retomber à une valeur approximative de zéro, lors de la mise en liquidation de la société.

Ce désastre financier n'empêcha pas le développement des parts de fondateur ; bien plus, on songea à se servir de ces titres pour des besoins très différents de ceux qu'il s'agissait, au début, de satisfaire.

Au début, ainsi que leur nom l'indique, les parts de fondateur furent des parts de bénéfices créées uniquement pour rémunérer les fondateurs des démarches, études et dépenses faites par eux en vue d'arriver à la constitution de la société.

Mais bientôt la pratique leur a trouvé de nouvelles applications qui ne répondent plus à leur conception primitive que d'une façon plus ou moins lointaine.

Les parts sont créées, notamment, pour payer certains apports dont la valeur est difficile à déterminer

en capital (un brevet d'invention, par exemple, ou un nom, une marque de fabrique). Ces parts ne faisant pas partie du capital social, le fonds social s'augmentera du brevet d'invention, alors que le capital nominal ne sera pas diminué d'une valeur équivalente. En d'autres termes, le fonds social aura une valeur supérieure au capital social, et rien dans la loi ne s'oppose à ce qu'il en soit ainsi. L'avantage de cette combinaison est de lier l'apporteur au sort de l'entreprise, sans créer d'actions d'apport.

Parfois même les parts rémunèrent des apports qui normalement sont facilement appréciables. Par exemple, on donnera aux apporteurs en nature, dont les prétentions pourraient paraître exagérées aux souscripteurs d'actions de capital, une quantité moindre d'actions d'apports ; et, à l'aide de parts de fondateur, on achèvera de rémunérer les apporteurs en nature.

Puis l'usage est venu, afin de faciliter les émissions, d'attribuer des parts de fondateur : soit aux souscripteurs d'un certain nombre d'actions, soit à ceux qui souscriront les premiers, soit même à tous les actionnaires primitifs, qui, au cas d'augmentation ultérieure du capital, trouveront, dans leurs parts de fondateur un avantage qui permettra à la société de ne pas augmenter son capital en émettant de simples actions d'intérêt. Elle émettra alors des actions ordinaires, non accompagnées, bien entendu, d'une part de fondateur.

Au cas de fusion de deux sociétés, ou au cas de réduction du capital social (avec, dans ce dernier cas, émission d'actions nouvelles, la société périssant), des parts de fondateur sont aussi quelquefois attribuées,

dans la combinaison nouvelle, aux anciens actionnaires auxquels la fusion des deux sociétés, ou la réduction du capital social peuvent être préjudiciables.

Une partie des parts créées est parfois mise en réserve pour rémunérer certains services qui seraient rendus à la société au cours de son fonctionnement.

De même, il arrive qu'au moment de la constitution de la société, celle-ci crée des parts de fondateur qu'elle met en réserve pour, au cours de son existence, les écouler, dans le public, contre espèces, au cas de besoin d'argent. Il est évident que ce procédé s'écarte de façon complète du but auquel tendaient, au moment de leur apparition, les parts de fondateur. Il n'est pas, d'ailleurs, d'une absolue nécessité. D'une part, en effet, si la société est prospère, elle trouvera toujours de l'argent, ne fût-ce que par l'émission d'obligations, sans avoir besoin de recourir à l'expédient d'une création anticipée de parts de fondateur. Et si la société périclité, les parts de fondateur ne trouveront pas de preneur, au moins à un prix qui suffise à fournir les ressources désirées. D'ailleurs, dans cette dernière hypothèse, la reconnaissance législative des actions de priorité par la loi du 9 juillet 1902 offre aux sociétés momentanément gênées un moyen plus efficace, moins aléatoire de se procurer des ressources.

On peut donc dire que la création de parts de fondateur dans le but éventuel de procurer, à la société, au cours de son fonctionnement, l'argent dont elle pourrait avoir besoin, est un procédé auquel cette société aura rarement recours, et il est préférable qu'il en soit ainsi, car les parts de fondateur joueraient de cette

manière un rôle s'écartant par trop de celui que voulaient lui faire jouer ceux qui, à l'origine, imaginèrent ce titre.

Quoi qu'il en soit, les *parts de fondateur*, aujourd'hui, ne sont pas attribuées exclusivement aux fondateurs, et l'expression de *parts bénéficiaires* serait, par suite, plus exacte.

Signalons, en terminant, sur ce point, une autre cause, d'ailleurs récente, de création de parts de fondateur : la loi de 1893 interdit pendant les deux premières années de l'existence des sociétés, la négociation des actions d'apports ; comme elle est muette en ce qui concerne les parts de fondateur, la jurisprudence a conclu de ce silence que les dispositions restrictives de la loi de 1893 ne s'appliquaient pas aux parts de fondateur. Les fondateurs de société ont mis à profit ces décisions de la jurisprudence, que nous examinerons plus loin, pour se faire attribuer, non des actions d'apport, mais des parts immédiatement négociables, rendant ainsi moins efficaces les sages prescriptions des législateurs de 1893.

On peut poser en principe que l'on ne trouve, pratiquement, de parts de fondateur que dans les sociétés par actions (commandites par actions et sociétés anonymes). Là, en effet, et là seulement, se rencontrent les différentes utilités de l'existence des parts, telles que nous les avons précisées précédemment.

On s'est pourtant demandé s'il serait juridiquement possible de créer des parts de fondateur dans les sociétés formées exclusivement *intuitu personæ*. Cette question, toute théorique, puisqu'elle ne s'est jamais posée

en pratique, est, en général, résolue négativement (1).

On objecte, dans le silence des textes, le principe de la liberté des conventions ; mais il faut répondre que les règles fondamentales sur les sociétés par actions sont d'ordre public, et qu'une société de personnes, dont la constitution est presque entièrement libre, ne doit pas pouvoir tourner les prohibitions légales en s'adjoignant des porteurs de parts, dont les titres, ainsi que nous nous proposons de l'établir plus loin, présentent les principaux caractères des actions proprement dites (2).

Restent les sociétés en participation. Peuvent-elles créer des parts de fondateur ?

On sait qu'une participation n'a pas d'existence extérieure, pas de personnalité : elle est occulte. Seul, le gérant apparaît aux yeux des tiers.

Cela posé, il est tout d'abord possible que l'existence de parts de fondateur soit un procédé employé pour faire fraude à la loi sur les sociétés par actions ; en créant de semblables titres dans une société qui, en raison même de sa clandestinité, se forme en dehors de toutes les prescriptions rigoureuses des lois de 1867 et de 1893, on pourrait tourner ces prescriptions ; la nullité serait alors certaine :

« Considérant qu'il est manifeste que les fondateurs de la société n'ont pas cherché à constituer une société anonyme ou en commandite par actions, afin de ne pas être soumis à la vérification de leur apport et à l'accomplis-

1. *Revue critique*, 1885, 453.

2. Par un arrêt du 29 mars 1909, la Cour de cassation admet la création de parts de fondateur dans les sociétés d'assurances mutuelles (*Journal des Sociétés*, 1909).

sement des formalités qui protègent l'intérêt des tiers et que, ne voulant pas observer la loi, ils ont essayé de la tourner en formant une société en participation » (1).

Mais supposons écartée toute idée de fraude, une société en participation peut-elle émettre des parts de fondateur ?

D'après les décisions les plus récentes de la jurisprudence, il semble qu'il faille distinguer suivant que les parts émises sont nominatives ou au porteur.

Pendant longtemps les participations n'avaient pu émettre de parts de fondateur : le tribunal de la Seine, le 16 janvier 1904, s'était encore prononcé en ce sens :

« Attendu qu'il est de doctrine et de jurisprudence qu'une association en participation a pour caractère d'être occulte, et sans intérêt pour les tiers avec lesquels le gérant traite en son nom personnel ;

Qu'une association de cette nature n'a aucune personnalité juridique ;

Qu'elle ne peut donc créer des parts bénéficiaires au porteur donnant à leurs titulaires le droit de réclamer une part dans les bénéfices sociaux ;

Que la création de ces parts est donc nulle, et entraîne, comme conséquence, la nullité de la cession qui en a été faite... »

Le 27 juin 1905, la Cour de Paris (2) confirme cette décision en ces termes :

« Considérant que l'association en participation formée était dépourvue de personnalité juridique à l'égard

1. Paris, 8 janvier 1900, *Journal des Sociétés*, 1900, 401.

2. *Revue des Sociétés*, 1906, p. 401.

des tiers, était inexistante en tant que société ne constituant pas un être moral distinct et séparé des associés qui la composaient ; d'où il suit que l'émission de parts bénéficiaires et la vente de 40 de ces parts étaient entachées de nullité radicale... »

Notons que les parts bénéficiaires dont il s'agit étaient *au porteur*.

Mais, en 1907, la Cour de Paris (1) semble revenir sur sa jurisprudence antérieure, au moins en partie :

« Considérant qu'aux termes d'un acte sous signatures privées, en date du 1^{er} mars 1902, G. du J... projetait de former avec de futurs souscripteurs une association civile en participation ;

Considérant qu'une semblable association n'est soumise par la loi à aucune forme spéciale ; qu'aucun écrit n'est exigé pour sa constitution ni même pour sa preuve ; qu'aucune publication ni mesure de publicité n'est imposée pour sa validité, pour la raison qu'elle se caractérise en ce qu'elle est de nature occulte et reste occulte ;

Considérant qu'à défaut d'acte social, la souscription de D... et autres à un certain nombre de parts bénéficiaires, dont les titres leur ont été remis et dont ils ont payé le prix — succédant à la pollicitation écrite de G. du J... — dont ils ont eu manifestement connaissance, et à laquelle ils ont tout au moins tacitement adhéré, suffit à établir entre eux et G. du J... l'existence de la participation dont s'agit... »

Cette contradiction n'est sans doute qu'apparente. Si,

1. Paris, 9 janvier 1907, *Revue des Sociétés*, 1907, p. 424.

en effet, comme dans cette dernière hypothèse, les parts, essentiellement nominatives, sont destinées à rester entre les mains de leurs titulaires originaires, l'existence de leur participation ne sera pas révélée aux tiers, et la création de semblables parts ne sera pas entachée de nullité. Que si, au contraire, les parts, affectaient la forme de titres au porteur, elles seraient nulles en tant que contraires au caractère essentiel de la participation, qui est d'être occulte.

Quoi qu'il en soit, nous considérerons toujours les parts de fondateur, au cours de cette étude, comme émises par des sociétés par actions, et plus particulièrement par des sociétés anonymes ; nous raisonnerons toujours, en principe, sur les parts créées par les sociétés anonymes.

Au cours de notre travail, nous examinerons successivement : le caractère juridique des parts de fondateur, leur légalité, leur création, leur négociation. Puis nous rechercherons quels sont les droits et devoirs des porteurs de parts :

- 1° pendant la durée normale de la société ;
- 2° quand se produisent, en cours de société, des modifications statutaires ;
- 3° au cas de nullité de la société ;
- 4° au cas de dissolution de la société, soit normale, soit anticipée.

Enfin, après avoir signalé quelques questions fiscales, nous étudierons le projet de réglementation des parts bénéficiaires, tel qu'il a été présenté à deux reprises, en 1903 et 1906, au parlement, en nous plaçant surtout au point de vue du groupement des porteurs de parts.

CHAPITRE II

CARACTÈRE JURIDIQUE DES PARTS DE FONDATEURS

Il est peu de questions qui aient été plus controversées que celle de savoir quelle est la nature juridique des parts de fondateur.

Voici un titre qui confère à son porteur le droit de se faire payer une quote-part du bénéfice social, en concours avec les actionnaires proprement dits, mais, en général, après que ces derniers ont prélevé sur ces mêmes bénéfices un certain dividende, d'ordinaire fixé par les statuts à 5 0/0. Est-ce une action ? Une part sociale ? Une créance sur la société ? Une part d'intérêt ? Un titre *sui generis* qu'on pourrait appeler participation ? Ces cinq systèmes ont été soutenus.

Nous l'avons dit, la loi est muette en ce qui concerne les parts ; les statuts déterminent les droits qui y sont attachés. Presque toujours on y trouve un seul avantage expressément réservé aux porteurs : celui de se faire attribuer une certaine fraction des bénéfices annuels.

Ajoutons immédiatement qu'une fois ces bénéfices payés aux titulaires de parts pendant la durée normale

de la société, le droit des porteurs n'est pas, suivant nous, à moins de stipulation formelle des statuts, complètement anéanti : le passif social étant éteint et toutes les actions proprement dites amorties, remboursées d'après leur valeur nominale, la société dissoute peut posséder encore un reliquat d'actif, qu'on appelle le solde de liquidation. Ce reliquat est un bénéfice ; les porteurs peuvent donc venir sur le solde de liquidation, pour leur fraction statutaire, en concours avec les actionnaires ordinaires.

Nous connaissons déjà la différence que les parts de fondateur présentent avec les actions d'apport : celles-ci font partie du capital social et donnent à leurs titulaires les mêmes droits que ceux attribués aux actionnaires ordinaires.

Les parts présentent également des analogies et des différences avec les actions industrielles, créées en représentation d'un apport industriel personnel (compétence technique, crédit commercial).

D'un côté, en effet, les titulaires de ces actions peuvent voter aux assemblées générales, ce que nous n'admettons pas pour les porteurs de parts (même si une clause des statuts l'établissait : cette clause, alors nous le dirons plus loin, étant suivant nous illégale).

Inversement, le titulaire d'une action industrielle n'a aucun droit à une portion de l'actif social au moment de la liquidation (1).

Ajoutons que la fraction de bénéfices attribuée aux

1. Thaller, *Revue critique*, 1887, p. 220.

actions industrielles est souvent très différente de celle attribuée aux porteurs.

Continuons les comparaisons : la part de fondateur et l'action de jouissance présentent bien cette analogie que leurs titulaires n'ont pas, ou n'ont plus d'argent engagé dans l'affaire. Mais nous pouvons signaler deux différences considérables.

1° Le titulaire de l'action de jouissance vote aux assemblées générales; non le porteur.

2° Quand il s'agit de concourir avec les porteurs sur les bénéfices distribuables, les actionnaires de jouissance viennent pour la fraction attribuée par les statuts aux actionnaires ordinaires, et les porteurs de parts viennent pour une autre fraction, souvent très différente de la première ; suivant les statuts ces deux fractions présentent entre elles la plus grande diversité ; elles sont rarement égales.

Il ne faut pas non plus confondre le porteur de parts avec l'obligataire. Sans prendre encore parti sur la nature juridique du droit du porteur de part, remarquons seulement que ce dernier n'a droit qu'à un bénéfice très variable, très aléatoire, tandis que l'obligataire prêteur, a droit à un revenu fixe, et à la restitution de la somme prêtée, dans les limites fixées par la convention. De plus, l'obligataire a un titre portant une valeur nominale, ce qui n'est pas exact pour les parts ; enfin son droit sur l'actif prime celui des actionnaires ordinaires ; et *a fortiori* celui des porteurs.

Les analogies et les différences avec l'action proprement dite sont également faciles à relever.

Les différences consistent dans la prohibition, pour

les porteurs, de voter aux assemblées générales et de s'immiscer dans les actes du conseil d'administration, dans la gestion sociale. Mais les analogies sont fort importantes : les actionnaires et les porteurs ont droit à un dividende ; celui-ci n'est pas en général, le même, la fraction est différente, mais, juridiquement, leur vocation est de même nature. De plus, les règles sur la transmissibilité sont les mêmes, qu'il s'agisse d'actions ou de parts. L'arrêt de la Cour suprême de 1904, fondamental en notre matière, ne laisse plus de doute sur ce point. Enfin, à moins de clause statutaire contraire, les actionnaires et les porteurs, concourent, chacun pour leur fraction respective, sur le solde de liquidation.

Il s'agit donc, étant donné ces divers éléments quelque peu complexes, de préciser la nature juridique de la part de fondateur.

En réalité, la discussion se ramène à ceci : l'action proprement dite présentant un certain nombre de caractères, dont la part de fondateur n'a que quelques-uns, ceux qu'elle présente suffisent-ils à en faire une action ; ou, en d'autres termes, ceux qu'elle ne présente pas sont-ils au contraire à ce point constitutifs de l'action, qu'il faille, par cela même, écarter toute analogie entre la part de fondateur et l'action ?

Nous allons examiner successivement les cinq systèmes proposés, bien que depuis l'arrêt de la Cour de cassation de 1904, le système que nous croyons seul exact, à savoir que la part de fondateur doit plutôt être considérée comme une action, semble devoir l'emporter.

PREMIER SYSTÈME

La part de fondateur créance sur la société

Cette opinion se refuse tout d'abord à reconnaître entre les porteurs de parts et la société, l'existence d'un contrat de société, celle-ci n'ayant pas voulu qu'il en fût ainsi. Cette proposition est des plus contestables. On peut, en effet, fort bien soutenir que, en créant les parts de fondateur, la société a eu l'intention d'associer les porteurs de parts aux résultats de l'entreprise, surtout si l'on remarque que les rédacteurs du pacte social sont précisément les fondateurs.

M. Wahl a exposé très complètement (*Sirey*, 98, II, 89) le système de la part-créance : « Le droit du porteur de parts est nécessairement un droit : sur le patrimoine de la société — en un mot une part sociale ; ou contre la personne morale qui constitue la société — en un mot une créance. Si donc l'on parvient à démontrer que la part de fondateur n'est ni une action, ni une part sociale autre qu'une action, on aura implicitement établi qu'elle constitue une créance ».

Tout d'abord, selon M. Wahl, la part n'est pas une action. En effet, aucun *versement* en valeur ou en nature, entrant dans la composition du capital social, n'est fait par le porteur, alors que l'article 1^{er} de la loi de 1867 exige un versement par chaque actionnaire.

Cet argument aurait une portée considérable si l'on voulait, en disant que la part a le caractère juridique de

l'action, assimiler entièrement la part à l'action. Or, nous ne cherchons ici qu'une analogie, et non une identification. Le législateur de 1867, d'ailleurs, ne s'est certainement pas occupé des parts de fondateur. L'argument tiré du texte de cette loi est donc loin d'être décisif. Et l'action de jouissance, elle aussi, est étrangère à l'idée de versement, puisqu'elle naît seulement après le remboursement de l'argent antérieurement versé.

La part n'est pas une action, dit-on encore, parce que le porteur n'assiste pas aux assemblées générales, alors qu'il appartient à tous les actionnaires d'y assister, pour pouvoir gérer les affaires sociales.

Cette proposition non plus n'est pas d'une rigoureuse exactitude. D'abord, tout actionnaire n'est pas admis à l'assemblée générale : seuls le peuvent celui qui possède, et, depuis 1893, celui qui représente un nombre minimum d'actions fixé par les statuts.

D'autre part, l'exclusion des porteurs n'est peut-être pas aussi absolue : la faculté d'assister aux assemblées générales, et même le droit d'y émettre, à titre consultatif, un avis, sont très fréquemment reconnus aux porteurs, soit que les statuts le permettent, soit même s'ils ne s'y opposent pas formellement. Il n'y a que le droit de voter que nous refuserions, dans toute hypothèse, aux porteurs, et encore notre opinion compte-t-elle des adversaires.

En somme, les arguments qui précèdent nous semblent insuffisants à démontrer que la part de fondateur a des caractères juridiques propres à établir entre elle et l'action une distinction radicale, précisément parce

que le débat s'engage ici sur des points que nous ne considérons pas comme absolument caractéristiques de l'action. Car, disons-le dès maintenant, seules la vocation à un dividende et la négociabilité du titre sont, selon nous, essentielles à l'action,

En second lieu, prétend-on, la part de fondateur n'est pas une part sociale, le porteur ne contribuant pas aux pertes, et ne faisant aucun apport. Nous verrons bientôt que ces motifs sont loin d'être justifiés.

En conséquence, la part n'étant, d'après cette opinion, ni une action ni une part sociale, ne peut être qu'une créance contre la société, créance éventuelle à des bénéfices futurs. A chaque exercice, dès que le dividende est fixé, le porteur devient créancier d'une somme déterminée. La société, à titre de rémunération, s'est engagée à lui verser une fraction des bénéfices ; cet engagement, soumis à la théorie des obligations, est le fondement du droit des porteurs.

Dans ce système, on appliquera par suite aux parts de fondateur les règles ordinaires en matière de créances, tout au moins dans les hypothèses que les statuts n'ont pas explicitement prévues et réglementées.

Notons que l'opinion, d'après laquelle la part n'est qu'une simple créance, rencontre de nombreux défenseurs. Nous signalerons, au cours de cette étude, un certain nombre de solutions qui proviennent de cette théorie.

DEUXIÈME SYSTÈME

*La part de fondateur est une participation,
un titre sui generis*

Ecartant toute assimilation de la part soit avec l'action, soit avec la créance, des auteurs (1) ont soutenu que la création de parts de fondateur était le résultat d'une *participation convenue entre la société et les porteurs*. Ainsi l'on s'expliquerait le silence des textes au sujet des parts de fondateur, puisque les participations n'obéissent pas aux formalités que, pour les autres sociétés commerciales, a édictées le législateur.

Il y aurait donc là une convention *sui generis*, un titre spécial, mal défini, ayant des règles propres, ne se rapprochant nécessairement ni de celles qui gouvernent les actions, ni de celles qui régissent les créances.

Nous ne nions pas, comme on l'a fait, qu'il y ait un contrat entre la société et les porteurs de parts ; mais nous croyons que cette convention n'est autre qu'une des parties du pacte social lui-même, et qu'il n'y a pas ici, en d'autres termes, deux contrats distincts de société. Les caractères de l'association en participation résistent d'ailleurs à cette explication en apparence séduisante. La participation est, en effet, nous l'avons dit, une société essentiellement occulte, et la clandesti-

1. Notamment Gênois, *Nouveau régime des Sociétés*, p. 159 ; *Revue trim.*, 1897, p. 17.

nité ne saurait se concevoir pour les parts de fondateur, qui sont mentionnées dans le pacte social nécessairement rendu public (puisque, par hypothèse, il s'agit d'une société anonyme) et sont publiquement négociables.

D'ailleurs, en admettant qu'il y ait participation, si les porteurs sont des participants, ils sont, comme tels, des associés ; ils ont, vis-à-vis de la société, une part sociale, et nous entrons alors dans le quatrième système.

TROISIÈME SYSTÈME

La part de fondateur est une part d'intérêt

Tout d'abord, dit-on, la part n'est pas une créance contre la société, car elle ne représente qu'un droit éventuel, en vertu duquel le titulaire ne peut agir, contre la société, qu'après les créanciers ordinaires, et même, en général, après que les actionnaires ont prélevé une quote-part des bénéfices, 5 0/0 par exemple, du montant de leurs actions.

La part n'est pas non plus une action, parce que, ajoute-t-on, elle n'est pas une quote-part du capital social.

Les titulaires des parts ne sont donc que des intéressés.

Ou bien répondrons-nous, l'expression *part d'intérêt* doit être prise dans le sens technique qu'elle a en

matière de sociétés, et alors c'est une part sociale (4^e système).

Ou bien cette expression est analogue à celle dont on se sert en parlant du *commis intéressé* ; et alors la part est une créance de bénéfices éventuels (1^{er} système).

La jurisprudence a quelquefois admis ce premier système. Citons, notamment, en ce sens, un jugement du tribunal de commerce de la Seine, du 24 septembre 1894 (1) :

« Attendu que les parts bénéficiaires ne représentent aucune fraction du capital social ; qu'elles ne confèrent aucun droit d'ingérence dans les affaires de la société ; que leur forme n'est pas définie par la loi qui est muette à leur égard ; que la société est maîtresse d'en fixer le nombre et la valeur, aussi bien que d'en régler la cession, soit dans la forme applicable aux actions, soit dans la seule forme prescrite par le Code civil pour la réalisation des droits incorporels : d'où il suit que les titres dont il s'agit ne sont pas des actions ;

Attendu que les parts bénéficiaires, sous quelque nom qu'elles existent ne constituent pas davantage une créance contre la société ; qu'elles ne représentent que des droits éventuels qui ne peuvent être exercés qu'après ceux des associés ; qu'elles ne permettent pas aux détenteurs de venir à contribution sur l'actif social avec les créanciers ; qu'elles n'ont à aucun degré le caractère d'une créance ;

Attendu que tout autre est le caractère des parts

1. *Revue des Sociétés*, 1895, p. 40 ; *Gazette du Palais*, 1894, 2, 463.

bénéficiaires ; que, soit que ces titres aient été créés pour rémunérer un concours donné à la société lors de sa constitution, ou qu'ils représentent des droits antérieurs abandonnés à la société, et dont celle-ci a profité, droits qui ne constituaient pas des apports susceptibles d'être représentés par des actions..., les parts bénéficiaires sont des *titres d'intérêts*, et les détenteurs de ces parts des *intéressés* ;

Attendu que les *titres d'intérêts* ne jouissent que de droits éventuels ; qu'ils ne viennent à contribution sur les bénéfices annuels qu'après que tous les prélèvements statutaires ont été opérés ; que les détenteurs n'ont droit, à fin de société, au partage de l'actif liquide avec les actionnaires, qu'après que non seulement le passif aura été éteint, mais que toutes les actions auront été remboursées à leur valeur nominale ; que cette situation est la même pour les titres dénommés « actions de jouissance », et qui ont perdu leur caractère légal d'action du jour du remboursement par voie d'amortissement ».

La Cour de Lyon, le 14 mai 1901 (1), a admis la même doctrine :

« Attendu que les droits des porteurs de parts de fondateur ne sauraient être assimilés aux droits des porteurs d'actions ; que si, la part de fondateur possède, relativement aux bénéfices, les deux droits qui caractérisent l'action, c'est-à-dire la participation aux bénéfices et le pouvoir de céder ce droit, elle ne confère aux

1. *Moniteur judiciaire de Lyon*, 8 août 1901.

porteurs de parts aucun droit d'ingérence dans les affaires de la société ;

Que la loi tient en effet pour seul associé actif ayant pouvoir sur les affaires sociales l'actionnaire, mais qu'elle ne reconnaît au porteur de parts de fondateur d'autre pouvoir que celui d'un *intéressé* créancier d'une portion de bénéfices que les actionnaires auront déterminée ;

Attendu que la part de fondateur ne saurait pas davantage être assimilée à une créance sur la société ;

Qu'elle n'a, en effet, à aucun degré le caractère d'une créance, puisqu'elle ne représente que des droits éventuels qui ne peuvent être exercés qu'après ceux des associés, lesquels ne prennent rang eux-mêmes qu'après l'extinction de toutes les dettes sociales ;

Qu'elle n'est donc pas, en fait, une créance sur la société, mais seulement une créance sur la part des bénéfices arrêtés par les actionnaires. »

Nous avons plus haut réfuté les arguments sur lesquels s'appuie cette opinion, aujourd'hui d'ailleurs fort peu suivie.

QUATRIÈME SYSTÈME

*La part de fondateur est une part d'associé,
sans être une action*

Remarquons tout d'abord que, dans ce système comme dans celui de la part-action, dont nous ferons l'exposé en dernier lieu, on ne repousse pas l'idée que

le porteur ait une créance contre la société. Cette créance conditionnelle de dividendes, le porteur l'a certainement, l'actionnaire aussi ; mais, en outre, le porteur, comme l'actionnaire, est un associé. Et ce droit de créance à un dividende, il le puise dans sa qualité d'associé. La part de fondateur est une part sociale, parce que les porteurs sont « dans l'affaire ». Par eux ou leurs auteurs, ils ont apporté leurs soins à former la société ; celle-ci est leur œuvre.

Que si, par exemple, l'on généralise, comme l'a fait la pratique, l'emploi des parts de fondateur, si on les attribue à celui qui apporte un nom, un brevet d'invention, une marque, on peut affirmer que, d'un côté, cet apporteur se considère bien comme titulaire d'une part sociale, et, d'un autre côté que les actionnaires *stricto sensu* le considèrent comme tel. En sorte que l'argument consistant à soutenir que le porteur de parts n'est pas un associé, parce qu'on ne trouve pas l'*animus societatis* à la base du contrat passé entre la société et les porteurs de parts, contrat qui fait partie intégrante du pacte social, ne nous semble pas exact.

Il serait également faux d'affirmer que, lorsque la société périlite, le porteur de parts ne subit pas de perte, car, s'il a, en échange de ses parts, fait un apport en nature, un brevet par exemple, il en perd la propriété ; et si, conformément à la notion primitive de la part de fondateur, il s'est contenté de coopérer à la constitution de la société, il perd le bénéfice, qu'il avait le droit d'espérer de ses soins, de son activité, de son initiative.

On soutient, il est vrai, que le commis-intéressé, qui

ne touche pas sa part de bénéfices en cas d'absence de gains par la société n'est pas un associé, bien qu'il éprouve un dommage ; mais ce n'est pas parce qu'il ne contribue pas aux pertes qu'il n'est pas un associé, puisqu'à dire vrai il y contribue : c'est parce qu'entre son patron et lui n'existe pas l'*animus societatis*. On ne saurait donc argumenter ici d'une analogie plus ou moins grande entre la part de fondateur et le droit d'un commis intéressé, bien que plusieurs auteurs admettent cette analogie : le porteur est un associé, mais non pas le commis intéressé.

CINQUIÈME SYSTÈME

La part de fondateur est une action

Contrairement aux opinions qui viennent d'être exposées, nous croyons que les caractères juridiques des parts de fondateur se rapprochent très sensiblement des caractères juridiques des actions proprement dites, auxquelles ces parts sont assimilables.

Certes, tout droit contre la société peut, à un certain point de vue, nous l'avons déjà observé, être considéré comme une créance. L'actionnaire est un créancier ; quand son coupon arrive à échéance après l'établissement du dividende, il a une créance déterminée et exigible. Il en est de même des porteurs de parts. Quand les créances proprement dites sont éteintes, quand les actionnaires ont prélevé les 5 0/0 que stipu-

lent ordinairement les statuts, ils viennent en concours avec ces actionnaires comme créanciers de l'excédent du dividende.

A ce point de vue, on peut dire que la société a trois catégories de créanciers, qu'elle doit régler à tour de rôle, par une sorte de droit de préférence :

1^o Les créanciers ordinaires, en y comprenant les obligataires ;

2^o Les actionnaires proprement dits, pour les 5 0/0 statutairement fixés ;

3^o Les actionnaires proprement dits, et les porteurs de parts de fondateur, en concours sur le reliquat dans une proportion fixée par les statuts.

Mais les porteurs ne sont-ils que des créanciers ? Les actionnaires, on le sait, ont une situation qui n'est pas seulement réglée par les principes généraux en matière de créance ; les actions obéissent à un ensemble de règles qui, leur étant spécialement applicables, ont été édictées par les lois sur les sociétés.

Or, nous soutenons que, tout au moins sur les points essentiels, la législation des actions doit être celle qui régit les parts de fondateur ; nous estimons que les parts de fondateur sont des actions, de second plan peut-être, ne donnant pas aux porteurs des droits aussi pleins que ceux conférés par la loi aux actionnaires proprement dits, mais enfin nous soutenons que ce sont des actions.

Cette théorie est d'ailleurs défendue depuis près de trente ans par un parti très important de la doctrine ; et la jurisprudence, jusqu'alors rebelle, semble depuis quelques années s'être ralliée à notre opinion, comme nous l'établirons tout à l'heure par la citation d'un très

remarquable attendu d'un arrêt de la Cour de Cassation : « Nous ne croyons pas, dit M. Thaller (1), que ce droit (le droit du porteur de parts) diffère réellement et au fond des choses de l'action. Tout titre social négociable mérite d'être ainsi qualifié. Si l'on nous oppose l'article 34, du Code de commerce, sur l'égalité des coupures, nous répondrons que cette disposition n'a aucune sanction, et que la société qui répartit inégalement son capital de manière à le représenter par des certificats circulants d'un chiffre nominal différent, n'en est pas moins une société d'actionnaires régulièrement formée.

Qu'importe que ces parts ne soient pas qualifiées « actions », qu'elles ne confèrent aucun droit sur le fonds social lui-même ? Ce sont là de simples accidents, qui ne sauraient altérer le caractère intrinsèque du droit. Il paraît qu'une clause des statuts écarte assez habituellement du conseil d'administration et même des assemblées générales les porteurs de parts. Ce n'est pas encore assez pour leur enlever le titre d'associés : tout actionnaire n'a pas un droit éventuel à la gérance ; dans la commandite même, il en est, par la volonté de la loi, systématiquement exclu ; et l'acte de société peut priver les actionnaires de toute délibération aux assemblées, en déterminant le nombre d'actions qu'il faut posséder pour y être admis. Un associé qui ne peut participer ni aux votes, ni à la gestion de la société n'en demeure pas moins tel » (2).

1. Thaller, *Revue critique*, 1887, p. 220.

2. Thaller, *Revue critique*, 1881, p. 535.

MM. Lyon-Caen et Renault ne sont pas moins affirmatifs (*Traité*, n° 560 *bis*). Suivant eux, les parts sont des actions d'apport en industrie, car les fondateurs procurent à la société, par leurs services, un avantage pécuniaire. Elles ont les droits essentiels à l'action : celui de toucher des dividendes, et celui de se substituer des tiers par voie de cession. Sans doute, l'accès aux assemblées générales leur est généralement refusé par les statuts. Mais, en l'absence d'une telle clause, ils devraient l'avoir. D'ailleurs, le plus souvent, les statuts excluent des assemblées générales les actionnaires qui n'ont pas un certain nombre d'actions. Quant au partage du fonds social, il n'est pas de l'essence de l'action, car il y a des actions, comme les actions industrielles, qui ne confèrent aucun droit sur le fonds social.

Enfin M. Chavegrin (note dans le *Sirey*, 89, I, 417) :

« Les seuls droits sans lesquels l'action ne se conçoit jamais sont ceux de « toucher les dividendes et de se substituer des tiers par voie de cession entre-vifs ». Or la part de fondateur implique cette double faculté. Elle ne permet, il est vrai, de réclamer un dividende que quand les actionnaires ont le tant pour cent marqué par les statuts ; mais lorsqu'il y a des actions de priorité, ne voit-on pas aussi les actions ordinaires payées seulement après elles...

La première idée qui vient à l'esprit est que, quand un individu, ayant contribué par ses démarches, souvent par ses avances, et même sous sa responsabilité, à la création de l'être social, stipule une partie des bénéfices, il n'est pas étranger à l'établissement qu'il a fait

naître, et dont il recueille, dans une certaine mesure, les profits ; ce n'est pas un tiers quelconque investi d'une créance contre une société avec laquelle il n'aurait que des rapports d'obligation. Non ; il se rattache à la société par un lien autrement étroit ; il en est membre, autant, pour le moins, que la personne qui en a souscrit quelques actions au guichet d'une banque. Si quelqu'un semble être dans l'affaire, c'est lui. Le titre qu'il obtient représente donc vraiment une part sociale, de sorte que, s'il l'aliène, quiconque acquiert le titre, reçoit, en l'acquérant, le droit de se dire associé. Et, *comme on ne conçoit pas, dans une société anonyme, d'autres associés que les actionnaires*, cela signifie que *le porteur de la part est actionnaire*.

D'ailleurs, en pratique, les plus sérieuses raisons recommandent l'assimilation de la part de fondateur à l'action. Rappelons, en effet, deux conséquences auxquelles on arrive quand on repousse ce rapprochement : 1^o La part, créance ordinaire, pourrait être négociée avant que la société fût passée de l'état de projet à celui de réalité vivante. Ce serait l'agiotage, avec tous les dangers que le législateur a voulu conjurer ; 2^o l'article 4 de la loi de 1867 (approbation de l'assemblée générale) ne s'appliquerait pas, d'où le droit, pour les fondateurs, de se réserver le plus clair des bénéfices, et de duper les actionnaires, sans subir le contrôle établi par ce texte. En un mot, si la part de fondateur n'est point une action, elle devient un expédient commode et sûr pour tourner les prescriptions de la loi. »

Notre théorie peut se résumer de la façon suivante :

Les principaux éléments que l'on rencontre dans l'action sont :

- 1° Un droit aux bénéfices ;
- 2° Le droit de contribuer à la gestion sociale ;
- 3° Un droit sur le capital social ;
- 4° La libre cessibilité aux tiers.

Normalement les parts ne possèdent pas le deuxième et le troisième de ces droits ; elles possèdent les deux autres, et nous estimons que l'existence de ceux-ci, droit aux bénéfices et libre cessibilité aux tiers, permet de dire que l'on est en présence d'une action : seuls, en d'autres termes, ces deux droits sont essentiels à caractériser l'action.

Longtemps la jurisprudence s'est prononcée contre la théorie de la part-action. Nous avons déjà cité quelques décisions où elle considérait la part de fondateur comme une simple part d'intérêt. Nous en rencontrerons d'autres où la part est envisagée uniquement comme une créance. Il était donc désirable que la Cour suprême vint trancher la question. Le 16 novembre 1904, la Cour de cassation a statué en ces termes (1) :

« Attendu que la société exposante soutient *vainement* que les produits des actions des sociétés peuvent seuls être assujettis à la taxe sur le revenu, et que les parts de fondateur litigieuses n'étant pas des actions ne constituent qu'un simple droit de créance, ces parts échappant à l'impôt ; qu'en effet, *les seuls caractères essentiels de l'action sont la participation aux bénéfices et la libre cessibilité aux tiers* ; que les parts de fondateur

1. *Revue des Sociétés*, 1906, p. 49.

susdites remplissent ces deux conditions ; qu'il importe donc peu, dans l'espèce, qu'elles ne confèrent aux porteurs ni accès aux assemblées générales, ni droit à l'actif social ; que, d'une part, nombre d'actionnaires n'ayant pas un nombre minimum d'actions fixé par les statuts, sont privés du droit d'assister aux assemblées générales, sans que leurs titres perdent jamais pour cela leur caractère d'actions ; que, d'autre part, les actions de jouissance, qui sont incontestablement restées des actions, malgré le remboursement de leurs mises à leurs porteurs, n'ont, elles aussi, comme les parts de fondateur litigieuses, un droit sur le fonds social, qu'après l'extinction du passif, et le remboursement du montant libéré et non amorti de toutes les actions ; qu'ainsi il a été fait par le jugement attaqué une juste application des principes de la matière. »

Et il n'y aurait pas lieu de chercher à amoindrir ici la portée de cet arrêt, par la remarque qu'il a été rendu en matière fiscale. Les termes de l'arrêt, en effet, sont aussi généraux que possible ; ils ont tranché la question de principe.

Ayant ainsi posé la règle que la part de fondateur a les principaux caractères d'une action, il nous faut maintenant présenter l'étude détaillée des parts bénéficiaires, en tenant compte à la fois de cette règle et des principes généraux, puisque le législateur n'a pas encore statué sur cette matière.

CHAPITRE III

LÉGALITÉ DES PARTS DE FONDATEUR

Des développements du chapitre précédent, il résulte que la légalité des parts de fondateur ne fait plus doute aujourd'hui.

La société peut, en effet, répartir ses dividendes comme elle l'entend, en vertu d'un pacte social approuvé par l'assemblée générale, après que, bien entendu, les créanciers sociaux ont été désintéressés.

D'ailleurs la Chambre syndicale des agents de change admet à la cote officielle les parts de fondateur de certaines sociétés. Ajoutons qu'une loi spéciale du 13 décembre 1893 a, ainsi que nous le verrons bientôt, autorisé les concessionnaires d'un canal navigable à dériver du Rhône à « se réserver une part dans les bénéfices nets de la société ».

Mais il importe de noter que ces parts de fondateur, que nous assimilons à des actions, ne peuvent être créées pour faire fraude à la loi sur les sociétés. Sinon leur illégalité serait certaine : *fraus omnia corrumpit*.

Les parts, disons-nous, n'obéissent pas aux règles

formulées par le législateur à propos des actions ordinaires : elles n'ont pas de valeur nominale inscrite sur les titres ; mais cette particularité résulte nécessairement de la nature du droit accordé aux porteurs, droit aléatoire s'il en fût, ne donnant aux porteurs qu'une fraction de bénéfices d'autant moins assurés que ces bénéfices doivent subir, avant que les titulaires de parts puissent toucher leur dividende, un certain nombre de prélèvements.

La fixation, par la loi de 1893, d'un taux minimum de l'action, ne s'applique donc qu'aux actions de capital proprement dites. Ces dernières figurent seules, vis-à-vis des tiers, le capital social, qui est leur gage éventuel. Et même lorsque la part de fondateur, contrairement à ses origines, est attribuée, en pratique, à tels souscripteurs d'actions de capital, ou à tous les souscripteurs, seule l'action de capital doit être soumise aux prescriptions de la loi de 1893 relatives au minimum du taux.

Le souscripteur a ainsi deux titres, deux actions : l'un qui correspond au capital social qu'il a réellement versé, et qui contribue à former l'actif social ; l'autre, la part bénéficiaire, qui ne donne qu'un droit éventuel à un profit variable, qui ne figure pas dans l'actif social, et dont le titulaire est une sorte d'actionnaire de second plan. Les deux titres, quand ils sont, au début, émis au profit de la même personne, peuvent évidemment se séparer, par suite de la négociation de l'un d'eux, l'action de capital conservant, et c'est justice, sa situation prépondérante au sein de la société. Il a été jugé, sur ce point, que la clause des statuts disposant

que la société ne reconnaît qu'un propriétaire pour les deux titres, signifiait que l'acquéreur de l'action de dividende (nom donné, dans l'espèce, à la part de fondateur), n'est pas considéré comme le véritable actionnaire. La séparation des deux titres est une convention privée entre l'actionnaire de capital et le cessionnaire du titre de dividende, convention facilitée et reconnue par la société, sous cette réserve que l'actionnaire de capital serait seul reconnu actionnaire proprement dit. Il n'y a donc pas infraction à la loi (1).

Il est cependant un cas spécial où la création de parts de fondateur doit être considérée comme illégale. Supposons une société ayant pour objet l'exploitation d'une concession de travaux publics. La loi du 13 juillet 1845, sur les chemins de fer, contient un article 11 ainsi conçu : « Les fondateurs des compagnies n'auront droit qu'au remboursement de leurs avances, dont le compte, appuyé des pièces justificatives, aura été accepté par l'assemblée générale des actionnaires ».

Cet article paraît formel. Il a été voté, il est vrai, au moment où l'on voulait, par tous moyens, enrayer une spéculation effrénée, et à une époque où la pratique des parts de fondateur était inconnue. Il n'en a pas moins été interprété par le Conseil d'Etat — et sa doctrine est constante — dans le sens de la prohibition absolue des parts de fondateur dans les sociétés créées pour exploiter les concessions de travaux publics,

Des exceptions à ce principe se rencontrent d'ailleurs

1. Tribunal de commerce de la Seine, Gênois, *Revue trimestrielle du nouveau régime des sociétés*, année 1899.

parfois, mais elles sont l'œuvre du pouvoir législatif. Il a fallu une loi, le 13 décembre 1893, pour décider que « les concessionnaires pourront se réserver une part dans les bénéfices nets de la société ». Il s'agissait d'une société ayant pour but d'exploiter la concession d'un canal navigable à dériver du Rhône, et de distribuer l'énergie électrique produite par une chute (houille blanche), concession accordée par une loi du 9 juillet 1893. La loi du 13 décembre 1893 a été votée pour vaincre la résistance du Conseil d'Etat, et apporter une exception à son principe de la prohibition des parts : « Les parts de fondateur, lisons-nous dans le rapport de M. Graux, constituent-elles une dérogation aux principes généraux de notre législation en matière de travaux publics ? Ce que la loi a voulu empêcher, ce sont les charges improductives qui pèseraient sur l'avenir de l'affaire, qui influeraient sur les tarifs, sur la garantie d'intérêts et sur le partage des bénéfices. Ici, rien de semblable. Aucune charge n'est imposée à l'affaire, qui d'ailleurs ne fait appel à aucune garantie. Les fondateurs ne reçoivent aucune somme. Quand le canal fonctionnera, la société, après avoir payé tous les frais d'exploitation, mettra 5 0/0 à la réserve, puis elle donnera 5 0/0 à titre d'intérêt au capital-actions. Sur le surplus, si surplus il y a, les actionnaires prélèveront 50 0/0 et, enfin, les fondateurs recevront 35 0/0. Y a-t-il rien de plus légitime ? Ces fondateurs ont apporté une idée, des travaux, des études sérieuses. Ils ont risqué des capitaux. Ils n'ont pas voulu chercher la rémunération qui leur est légitimement due dans une majoration du capital. Ils ont mieux aimé ne la deman-

der qu'au succès de leur opération ». Nous avons reproduit cette citation, parce qu'elle présente des arguments sérieux contre la doctrine du Conseil d'Etat et contre le maintien, dans le droit positif, de l'article 11 de la loi de 1845, puisque le Conseil d'Etat fait produire aux dispositions de cet article un effet aussi absolu.

De même, en 1899, des décrets ont autorisé la création des parts de fondateur dans certaines sociétés ayant pour but d'exploiter en Afrique des concessions de territoire.

Mais ces exceptions ne font que mieux mettre en lumière la règle actuellement en vigueur : il est une catégorie de sociétés qui ne peuvent créer de parts de fondateur ; ce sont les sociétés formées pour exploiter les concessions de travaux publics.

CHAPITRE IV

DE LA CRÉATION DES PARTS DE FONDATEUR

L'époque à laquelle a lieu l'émission des parts de fondateur, se place, en principe, au début de la société.

Mais nous avons vu plus haut que, dans des hypothèses multiples, la pratique crée aujourd'hui des parts en s'écartant de plus en plus de leur conception primitive. On peut donc concevoir la création de parts nouvelles pendant la durée de la société. Distinguons :

1°. S'il y a déjà des porteurs de parts primitivement créées, la création de parts nouvelles peut leur causer préjudice. Quand les statuts sont muets sur ce point, nous pensons que, quel que soit le but poursuivi, l'émission de nouvelles parts est impossible, en tant que violant le pacte social, qui lie la société aux porteurs, à moins que les nouvelles parts soient rémunérées exclusivement avec les bénéfices distribuables aux actionnaires ordinaires ; dans ce cas, les porteurs, faute d'intérêt, ne seraient pas admis à critiquer l'opération. D'un autre côté, il est difficile d'imaginer que les statuts prévoient l'émission de parts nouvelles venant diminuer

le dividende des parts anciennes, car ce serait, dès le début, enlever presque toute valeur à ces dernières, et nous ne devons pas oublier que ce sont, en général, les porteurs primitifs qui ont rédigé les statuts ;

2° Au cas où il n'y a pas eu, au début de la société, de parts de fondateur, la création de parts, au cours de la société, ne peut porter préjudice qu'aux actionnaires. Si donc, les statuts sont muets, l'opération ne sera possible qu'avec l'assentiment de tous les actionnaires.

Cependant si les statuts, sans envisager l'hypothèse d'une création de parts, permettaient l'augmentation du capital social, et si, en votant cette augmentation, l'assemblée générale votait, en faveur de *tous* les anciens actionnaires, la création de parts, pour donner à ces anciens actionnaires un avantage sur les nouveaux souscripteurs d'actions, les actionnaires dissidents ne pourraient, faute d'intérêt, être admis à critiquer la création des parts nouvelles, non prévue aux statuts.

On donne quelquefois les délégations de Suez comme exemple de création de parts au cours de la société. Il importe, en tous cas, de remarquer que les délégataires étaient simplement substitués au Khédive, sans que la moindre atteinte fût portée aux droits des actionnaires.

Dans le silence de la loi, les parts sont soumises à telles conditions de formes qu'il plaît à la société. La question est résolue, en général, par les statuts, et les parts, dont le nombre est fixé par le pacte social, ainsi que la quote-part éventuelle de bénéfices à elles attachée, revêtent la forme qu'ont les actions ordinaires, mais avec quelques particularités. Comme les actions ordinaires, les parts sont représentées par des titres por-

tant toutes les indications ordonnées par les statuts. Ces titres sont, pratiquement, déclarés négociables, c'est-à-dire transmissibles d'après les règles du droit commercial ; ils sont indivisibles comme les actions, le fractionnement des parts ne pouvant être imposé aux porteurs. Mais, contrairement à ce qui a lieu pour les actions ordinaires, nous avons déjà dit que les titres représentant les parts n'ont pas de valeur nominale, et n'en peuvent pas avoir, en vertu de leur définition même, de sorte que les parts ne sont pas soumises aux prescriptions de la loi du 1^{er} août 1893 réglementant le minimum du taux des actions.

Les parts de fondateur peuvent-elles être mises au porteur dès la constitution de la société ?

Nous avons admis que les parts de fondateur devaient être, en principe, soumises aux règles concernant les actions. Or, aujourd'hui les actions ne peuvent être mises au porteur qu'après leur entière libération. Jusque-là, elles doivent être nominatives (article 4 de la loi de 1867, modifié par la loi du 1^{er} août 1893).

Certes les parts, du moins celles qui sont émises au début de la société, au profit de personnes déterminées, doivent être considérées comme entièrement libérées, car leurs titulaires n'auront à faire aucun versement. Si donc on ne considère que les parts, sans les rattacher à l'ensemble des titres de la société, nous devons décider qu'elles peuvent être mises au porteur, d'après une disposition des statuts en ce sens, dès le début de la société.

Mais on peut remarquer que les parts de fondateur présentent une assez grande analogie avec les actions

d'apport, qui sont, elles aussi, intégralement libérées, et pour lesquelles la mise au porteur immédiate est néanmoins douteuse, en raison de leur corrélation avec les actions de capital. En d'autres termes, on a soutenu que les actions d'apport ne pouvaient être mises au porteur que lorsque les actions de capital seraient, elles, intégralement libérées. Et, par analogie de motifs, cette solution s'appliquerait également aux parts de fondateur.

Nous ne croyons pas que cette opinion soit fondée, car le but poursuivi par le législateur, en exigeant que les actions restent nominatives jusqu'à leur entière libération, est d'assurer, le cas échéant, le versement des quarts non encore appelés : les titulaires des actions d'apports, de même que les porteurs de parts, n'ayant aucun versement à effectuer, ne tombent évidemment pas sous le coup de la réglementation spéciale concernant les actions de capital.

D'ailleurs le législateur lui-même semble bien reconnaître l'exactitude de cette solution. C'est ainsi qu'en 1893, alors que se posait la question de savoir si, pendant deux années, les actions d'apport seraient ou non négociables, M. Poirrier prenait en ces termes la défense de son amendement en faveur de la prohibition de négociation :

« Si on rejetait mon amendement, il en résulterait que les fondateurs d'une société qui reçoivent des actions entièrement libérées, *et qui par le fait de leur entière libération peuvent être mises au porteur*, n'auraient d'autre préoccupation que... »

De même, M. Bozérián, rapporteur du projet de loi

soumis au Sénat en 1884, s'exprimait ainsi : « Une fois libérées, les actions pourront être délivrées en actions au porteur, si les statuts autorisent cette conversion. Il ne sera d'ailleurs pas nécessaire, pour qu'elle soit possible, que toutes les actions aient été libérées ; exiger cette condition serait, dans la plupart des cas, exiger l'impossible. Toute action libérée pourra être convertie en action au porteur ». C'est certainement dans ce dernier sens que doit être entendu l'article 2 de la loi de 1893, car ses rédacteurs se sont, à n'en pas douter, inspirés du projet de 1884 : le rapporteur de la loi de 1893 à la Chambre, l'a dit en termes formels.

En somme toute action, action de capital, action d'apport, ou part de fondateur, peut être mise au porteur dès qu'elle est intégralement libérée, ce qui est le cas pour ces deux dernières catégories d'actions.

Aux termes de l'article 4 de la loi de 1867, « lorsqu'un associé fait un apport en numéraire, ou stipule à son profit des avantages particuliers, la première assemblée générale fait apprécier la valeur de l'apport ou la cause des avantages stipulés. La société n'est définitivement constituée qu'après l'approbation de l'apport ou des avantages donnée par une autre assemblée générale, après une nouvelle convocation ».

Pour nous, qui estimons que le titulaire de parts de fondateur est un associé, et que son titre a, en principe, le caractère d'une action, la solution n'est pas douteuse : cette disposition est applicable aux parts de fondateur. Les fondateurs ont, à un certain point de vue, effectué un apport ; en tous cas, ils stipulent des « avantages particuliers » : « Les avantages particuliers, dit

M. Thaller, affectent des formes variées ;... ils peuvent consister en une allocation proportionnelle dans les gains de la société » (*Traité élémentaire*, 424) (1).

On peut remarquer ici que les partisans du système d'après lequel la part de fondateur ne serait qu'une créance, la soumettent, eux aussi, à la formalité de la vérification, reconnaissant ainsi au porteur de parts le titre d'*associé*, dont parle l'article 4 ; cette solution n'est plus en harmonie avec leur doctrine générale.

Quoi qu'il en soit, la vérification est nécessaire, mais dans la limite où il est possible de la faire avec l'extension que la pratique a donnée aux parts de fondateur. Elle s'étend évidemment à toute allocation de bénéfices ayant sa source dans des services rendus à la société antérieurement à sa constitution ; ces allocations sont, en effet, fixées par les statuts eux mêmes.

En revanche, on admet très généralement qu'il n'y a pas lieu à vérification pour les parts attribuées indistinctement à chaque actionnaire, puisqu'il n'y a pas, alors, d'avantage particulier. Il en est de même, et pour les mêmes raisons, des parts émises contre espèces. Enfin il y a lieu de donner une solution identique pour les parts qui, mises en réserve, doivent rémunérer des services futurs. L'assemblée générale, en approuvant les statuts, en fixera le nombre, mais il est évidemment impossible de contrôler, dès à présent, l'emploi qui en sera fait plus tard, sous la responsabilité des administrateurs.

On sait qu'aux termes de l'article 4 précité de la loi

1. De même Lyon-Caen et Renault, II, 708.

de 1867, l'associé qui reçoit un avantage particulier, soumis à l'approbation de l'assemblée générale, n'a pas voix délibérative. Cette incapacité doit, comme toutes les incapacités, s'interpréter restrictivement. Par suite l'actionnaire qui a reçu d'un fondateur, une part bénéficiaire prise parmi les parts attribuées à ce fondateur, peut, comme tout actionnaire, prendre part au vote : il ne reçoit, en effet, aucun avantage particulier de la société elle-même ; il le reçoit de celui auquel la société l'accorde (1).

1. Tribunal de commerce de la Seine, 18 avril 1898, *Journal des Sociétés*, 1898, 364.

CHAPITRE V

NÉGOCIATION DES PARTS DE FONDATEUR

La principale question à résoudre ici est celle de savoir à partir de quel moment les parts sont négociables, c'est-à-dire transmissibles par les voies commerciales. Pour la résoudre, nous nous placerons successivement dans la période antérieure à la constitution de la société et dans celle qui suit cette constitution.

A. — PÉRIODE ANTÉRIEURE A LA CONSTITUTION DE LA SOCIÉTÉ

Aux termes de l'article 2 de la loi de 1867, les actions ne sont négociables que lorsque le quart au moins de ces actions a été versé. Cette règle s'interprète, en général, en ce sens que la négociation est interdite avant la constitution définitive de la société. La loi veut, ici, empêcher l'agiotage.

Pour nous, qui assimilons la part à l'action, nous

déciderons, par suite, que la négociation n'en est pas possible avant la constitution de la société. Remarquons-le, les parts n'ont d'existence réelle que lorsque l'assemblée générale a approuvé leur création ; jusque-là, ce sont plutôt des espérances de parts.

Or, il arrive souvent que les parts de fondateur ne sont autres que les parts de la société civile fondée préalablement en vue de la constitution de la société. Ces parts sont, en fait, cédées ou négociées dès la constitution de la société civile, c'est-à-dire bien avant la constitution de la société par actions qu'il s'agit de créer. La doctrine s'est élevée contre cette pratique (Thaller, *Revue critique*, 1881, p. 535 et suivantes), dont la jurisprudence, au contraire, admet la validité (Tribunal de commerce de la Seine, 10 janvier 1880, *ibid.*, p. 537).

Avec ce procédé on arrive à négocier des parts qui ne représenteront aucune valeur si la société ne se forme pas, ou si l'assemblée générale refuse son approbation ; on facilite l'agiotage, et l'on méconnaît le but que s'est proposé le législateur en édictant l'article 2 de la loi de 1867 (1).

Suivant nous, les parts, ou mieux les promesses de parts, ne pourraient, avant la constitution de la société, qu'être cédées conformément aux règles du Droit civil, avec ou sans répétition de prix pour l'acheteur, si la société ne se fonde pas, suivant ce qui a été convenu entre les parties, lors de la cession. Si aucune convention n'est intervenue sur ce point, il y a plutôt, à notre

1. Comparez Paris, 12 juin 1885, Sirey, 88, 4, 419.

avis, vente définitive de droits aléatoires, que vente conditionnelle, et le prix reste définitivement acquis au vendeur.

B. — PÉRIODE POSTÉRIEURE A LA CONSTITUTION
DE LA SOCIÉTÉ

Si les parts de fondateur ne peuvent être négociées, suivant nous, avant la constitution de la société, peuvent-elles du moins être négociées aussitôt après cette constitution ?

Il est nécessaire de faire une sous-distinction :

a) *La société est constituée depuis moins de deux ans*

Ecartons d'abord l'application de l'article 2 de la loi de 1867 qui, nous l'avons dit, dispose que les actions sont négociables après le versement du quart. Comme les parts de fondateur ne font, en principe, l'objet d'aucun versement, sont, pour ainsi dire, *hic et nunc*, intégralement libérées, si l'article 2 précité s'appliquait seul, on devrait dire que les parts deviennent négociables dès la constitution de la société.

Mais la loi du 1^{er} août 1893 est venue formuler, à propos des actions d'apport, des dispositions restrictives sur lesquelles il faut insister.

Les auteurs de la loi de 1893 ne se sont pas bornés, en effet, à ordonner la libération totale, dès le début de

la société, des actions d'apport, ce qui eût été insuffisant pour prévenir la spéculation sur ces actions, spéculation qu'ils voulaient, avant tout, éviter.

Ils ont estimé que le meilleur moyen d'entraver, sur les actions d'apport, la spéculation dangereuse pour les tiers, était de les déclarer non négociables pendant un temps suffisant pour permettre au public de s'éclairer sur la valeur réelle de l'entreprise. Ils ont donc décidé, par une disposition ajoutée à l'article 3 de la loi de 1867, que les actions représentant des apports en nature ne seraient négociables que deux ans après la constitution définitive de la société.

Et afin de sanctionner efficacement leur défense, ils ont prescrit deux choses : 1° Les actions d'apport ne peuvent être détachées de la souche qu'au moment où elles deviennent négociables, c'est-à-dire après l'expiration des deux années ; 2° Elles doivent être, à la diligence des administrateurs, frappées d'un timbre indiquant leur nature et la date de la constitution de la société, point de départ du délai de deux ans, après lequel elles sont négociables.

Cette réglementation n'a pas été admise sans difficulté. Proposée sous forme d'amendement, repoussée d'abord par la commission sénatoriale, elle n'a passé que lors de la discussion de la loi en deuxième lecture. Si, en un sens, elle protège le crédit public contre certaines spéculations, elle est de nature à décourager bon nombre d'industriels ou de commerçants désireux de convertir en argent leurs capitaux immobilisés, et à paralyser la constitution et le développement des sociétés par actions.

Si l'on rejetait mon amendement, disait au contraire l'auteur, M. Poirrier, il en résulterait que les fondateurs d'une société, qui reçoivent des actions entièrement libérées et qui, par le fait de leur libération peuvent être mises au porteur, n'auraient d'autre préoccupation que de fonder des sociétés à grand renfort de réclame, et de recevoir des actions libérées, de les placer grâce à cette réclame, et de se désintéresser complètement de la société qu'ils auraient fondée. Je ne vois pas là la sincérité qui doit présider à la fondation de ces sociétés. En exigeant que les actions d'apport restent à la souche pendant deux ans et ne puissent être négociées pendant cette période, on donne la meilleure garantie possible contre l'exagération de la valeur des apports ».

Cela posé, la défense de négocier les actions d'apport pendant deux années frappe-t-elle également les parts de fondateur ?

Selon nous, et par identité de motifs, puisque l'argumentation contenue dans la citation précédente peut s'appliquer intégralement aux parts de fondateur, l'affirmative s'impose (*sic* Thaller, *Traité*, 642-646). D'autant que les parts étant, suivant nous, des actions, présentant une certaine analogie avec les actions d'apport, c'est dans la théorie des actions d'apport qu'il nous faut, au cas de silence de la loi, chercher une solution.

Cependant, la jurisprudence du Tribunal de commerce de la Seine se prononce en sens contraire : les parts ne sont pas soumises aux dispositions restrictives de la loi de 1893, qui ne concernent que les actions d'apport. Citons deux décisions. La première, en date

du 5 novembre 1894 (*Gazette du Palais*, 94, 2, 687, *Revue des sociétés*, 1895, 47, a été confirmée par la Cour de Paris le 14 janvier 1895 (*Revue des Sociétés*, 1895, p. 218). Le jugement commence par rappeler que, si la loi de 1893 prohibe la négociation des actions d'apport, elle n'interdit pas leur cession civile. Le législateur a cru nécessaire d'obliger l'apporteur à ne pas se désintéresser, au moins pendant deux années, du sort de la société « qu'il a fondée » ; la société le retient dans son sein, lui ou ses ayants cause, pendant le même temps ; mais le législateur n'a pas voulu déroger au droit commun, en ce qui touche la cession civile. Or, les actions d'apport et les parts bénéficiaires sont la représentation de droits nés de causes « absolument différentes ». Donc, de la diversité d'origine, résultent nécessairement, pour les deux natures de titres, des droits qui ne sauraient être identiques :

« Attendu, dès lors, que, se plaçant au point de vue de la prohibition de négociation pendant deux ans de la loi précitée pour les actions d'apport, il échet de dire que cette prohibition n'atteint pas les parts bénéficiaires ».

Citons dans le même sens un jugement du Tribunal de commerce de la Seine, du 21 avril 1900 (*Gazette du Palais*, 1900, I, 765) :

« Attendu que Hutinet fait plaider que les prescriptions de l'article 2 de la loi du 1^{er} août 1893, qui interdisent la cession de l'action d'apport pendant deux ans à partir de la constitution de la société, seraient applicables aux parts de fondateur qui, comme l'action d'apport, ne représentent aucune part du capital social,

mais seulement un droit éventuel au partage des bénéfices à réaliser ; que la banque spéciale des valeurs industrielles, ayant été fondée le 28 octobre 1897, les parts de fondateur n'auraient pas dû être négociées avant le 28 octobre 1899 ; que de ce fait, les opérations faites pour son compte sur lesdites parts, d'octobre 1898 à juin 1899, seraient entachées de nullité ;

Attendu que la loi dont il a été parlé ci-dessus n'a apporté aucune restriction à la cession des parts de fondateur des sociétés par actions ; qu'ainsi c'est à tort que le demandeur prétend que les opérations faites pour son compte sur ces titres seraient nulles ; que le moyen ainsi opposé ne saurait être accueilli » (1).

Ces décisions ont été vivement attaquées par une partie de la doctrine : « Rien ne permet, dit M. Valéry, à propos du jugement précité du 5 novembre 1894 (D. 95. 2. 301), de voir dans les termes de la loi de 1893 un obstacle qui interdirait de donner à sa portée une étendue conforme à l'esprit dans lequel elle a été rédigée et d'y comprendre indistinctement tous les titres représentatifs d'apport, quelle que puisse être la nature de ces apports ». Et, après avoir combattu sur tous les points la thèse du jugement au moyen d'arguments que nous ne reproduirons pas, les ayant déjà développés antérieurement, M. Valéry conclut très exactement : « on conçoit sans peine que le fondateur préfère accepter, à la place d'actions de capital, des titres d'un carac-

1. En ce sens, Vavasseur, *Revue des Sociétés*, 1895 ; comparez Wahl, *Journal des Sociétés*, 1897

tère, à la vérité aléatoire, mais comportant une participation plus large dans les bénéfices à réaliser, susceptibles, par conséquent d'atteindre des cours très élevés, surtout si la spéculation s'en mêle, et fait entrevoir au public la probabilité de bénéfices considérables. Le fondateur, réalisant ainsi le dessein secret de la plupart des lanceurs de sociétés, pourrait vendre ces titres à de hauts prix qui compenseraient largement la valeur de ses apports. A plus forte raison, en serait-il ainsi, et les parts de fondateur feraient-elles disparaître presque complètement l'usage des actions d'apport, si elles devaient échapper aux mesures de précaution établies par la loi de 1893. Il y aurait là un moyen commode et sûr d'éluder la loi, et de continuer à faire des dupes par la création de sociétés à capital majoré. Le législateur a dû prévoir cette éventualité et l'on ne saurait admettre qu'il n'ait pas songé à la prévenir. Il faut donc reconnaître, en définitive, que la prohibition temporaire de négociation établie par la loi de 1893 atteint, non seulement les actions d'apport proprement dites, mais d'une manière générale tous les titres émis en représentation d'apports, et notamment les parts de fondateur ».

Un dernier argument vient encore à l'appui de notre théorie. On sait qu'avant d'aboutir en 1893, la réforme du régime des sociétés avait donné lieu à la rédaction d'un projet en 1880, et à une discussion en 1884. Or, en 1880, les parts de fondateur étaient déclarées non négociables pendant trois années : « Quant le projet de réforme élaboré au sein du Conseil d'Etat en 1880, et bien vite abandonné, prohibait pendant trois années la

négociation de ces parts de fondateur, ne reconnaissait-il pas que c'est contre cette catégorie d'associés que la loi doit tout d'abord défendre le marché? » (1).

Nous concluons, bien que cette solution rencontre une vive opposition de la part de la jurisprudence, et aussi chez quelques auteurs, que les parts, comme les actions d'apport, ne peuvent être négociées dans les deux ans qui suivent la constitution de la société.

b) *La société est constituée depuis plus de deux ans*

Une fois écoulées les deux années qui suivent la constitution, les parts deviennent négociables. Nous ne saurions donc approuver certaines décisions jurisprudentielles qui posent le principe que pour être négociables les parts doivent être au porteur; les parts nominatives, ne pourraient donc être l'objet d'un transfert :

« Attendu que les parts de fondateur ne constituent que de *simples créances* contre la société; qu'en effet, elles ne confèrent aucun droit d'assistance, ni même de simple vote aux assemblées générales, ni surtout aucun droit de propriété sur le fonds social, mais seulement un droit de participation aux bénéfices;

Attendu, dès lors, qu'elles ne peuvent faire l'objet d'une cession valable, au regard des tiers, que si les parties ont recours aux formalités imposées par l'article 1690 du Code civil pour les transports de créances :

1. Thaller, *Revue critique*, 1881, p. 537.

signification au débiteur cédé, ou acceptation du transport, par le débiteur, dont un acte authentique... ;

Attendu que si, à la vérité, les parts de fondateur au porteur, comme tous les autres titres de cette nature, sont négociables, c'est-à-dire transmissibles à l'égard de tous par la voie commerciale, il n'en est ainsi que lorsque les titres représentant ces parts ont été matériellement créés, de telle sorte que la tradition en puisse être opérée ; que, jusque là, ces parts, simples créances, ne peuvent être valablement cédées, en ce qui concerne les tiers, que par les modes de transmission du droit civil. »

Cette doctrine du Tribunal civil de Lyon (1) est donc, suivant nous, inexacte, et dans son principe, puisqu'elle fait de la part un simple droit de créance, et dans son application puisqu'elle admet la négociabilité pour les parts au porteur, et ne l'admet pas pour les parts nominatives ; ou les parts sont négociables, ou elles ne le sont pas.

Sous le bénéfice des restrictions qui précèdent, supposons négociable la part de fondateur. Le propriétaire des parts pourra en aliéner les titres comme l'actionnaire peut aliéner son action : les formes relatives à l'aliénation des actions ordinaires devront, ici, être observées.

De même, au point de vue de la saisie-arrêt, en tant qu'elle fait obstacle à cette transmission, les parts sont

1. Tribunal civil de Lyon, 23 février, 1900, *Le Droit* du 30 mai 1900, confirmé par Lyon, 18 novembre 1900, *Le Droit* du 21 février 1901.

soumises aux règles applicables aux actions ordinaires (1).

Que si la vente des parts de fondateur était entachée de fraude, la responsabilité pécuniaire des auteurs de la fraude, mais de ceux-là seulement, serait encourue, conformément au droit commun.

On sait que la responsabilité d'une société peut découler de la faute des administrateurs, mais encore faut-il qu'ils aient commis le dol dans l'exercice de leurs attributions (2). Or il n'en est pas ainsi lorsque l'administrateur n'agit plus comme mandataire de la société. Par suite, si l'administrateur d'une société financière a eu recours à des moyens dolosifs pour vendre, à des prix supérieurs à leur valeur réelle des parts de la société qui lui avaient été attribuées, la société ne saurait être rendue responsable de ces agissements frauduleux alors que, dans la négociation des titres en question, elle a fait seulement œuvre de banquier, et n'a touché que le droit de courtage usuel ; et que dans le journal financier qu'elle publiait, elle n'a point recommandé ces parts, et n'a pas pris de mesures pour en effectuer le placement :

« Attendu qu'en admettant que Paul Bernhard se fût rendu coupable d'agissements frauduleux, la société ne saurait être reconnue responsable du dol de son administrateur, alors que celui-ci n'aurait agi que dans son intérêt personnel pour une affaire étrangère à la société,

1. Tribunal civil de la Seine, 27 juillet, 1898, *Journal des Sociétés*, 1899, 34.

2. Cassation, 30 juillet 1895, S. 96, 1, 288.

et qu'il n'avait reçu de celle-ci aucun mandat concernant la vente des parts de fondateur... ;

Que l'assemblée des actionnaires n'aurait commis aucune faute pouvant donner lieu à des dommages-intérêts au profit des acquéreurs de parts de fondateur en acceptant comme exactes les écritures qui lui étaient soumises par son conseil d'administration, et étaient vérifiées par ses commissaires aux comptes, et en approuvant la distribution d'un dividende qui serait fictif ; que, dans l'espèce, les responsabilités ne sauraient être qu'individuelles, et que les tiers lésés n'auraient de recours que contre ceux qui ont dressé les bilans, vérifié les écritures, et rédigé les rapports » (1).

En terminant ce chapitre, notons que, de même que les parts peuvent être transmises d'après les règles générales de la vente, de même elles peuvent être valablement données en paiement, la *datio in solutum*, n'étant, en somme qu'un mode de vente (2).

1. Tribunal civil de la Seine, 26 juillet 1902. *Le Droit*, du 8 mars 1903.

2. Cassation, 24 mars 1903, *Journal des Sociétés*, 1903, 545.

CHAPITRE VI

DROITS ET DEVOIRS DES PORTEURS, VIS-A-VIS DE LA SOCIÉTÉ, PENDANT SA DURÉE

Nous avons dit que les parts présentaient les caractères essentiels des actions, mais qu'elles en différaient néanmoins par certains caractères accessoires, que les porteurs étaient subordonnés, à certains points de vue, aux actionnaires proprement dits. Nous allons maintenant préciser cette idée générale.

D'abord les porteurs ne peuvent, en cette seule qualité, être administrateurs de la société anonyme, parce qu'il est évidemment dans l'esprit de la loi de 1867 de ne confier cette fonction qu'à des actionnaires possédant un nombre déterminé d'actions de capital ; celles-ci en effet doivent garantir la bonne gestion des administrateurs, et la garantie représentée par des parts de fondateur serait trop aléatoire, trop incertaine, pour que fût respectée la volonté du législateur. Il y a là une différence entre l'actionnaire ordinaire et le porteur de parts, mais cette différence s'explique sans qu'il soit

nécessaire de faire intervenir ici la notion inexacte de la part, simple droit de créance.

En tous cas, le mandat de commissaire de surveillance pourrait très bien être confié à un porteur de parts, puisque cette mission n'implique jamais, chez celui à qui elle est confiée, la qualité d'actionnaire de capital.

D'une manière générale, ce sont les statuts qui déterminent quels sont les droits et les devoirs des porteurs. Entre la société et ces porteurs il existe donc un contrat, *partie intégrante* du pacte social, et en vertu duquel les porteurs ont, au cours de la société, comme, d'ailleurs, à sa dissolution, droit aux bénéfices dans une proportion déterminée.

Par suite, la société est tenue, vis-à-vis d'eux, d'exécuter *intégralement* et *loyalement* ses obligations, telles qu'elles sont établies par les statuts. Occupons-nous tout d'abord des devoirs des porteurs, nous rechercherons ensuite quels sont leurs droits.

SECTION I

Des obligations des porteurs

D'après la presque unanimité des statuts, les devoirs des porteurs sont au nombre de deux :

1^o Ils ne doivent pas s'ingérer dans la direction des affaires sociales ;

2° Ils doivent respecter les décisions de l'assemblée générale des actionnaires.

1° *De la défense de s'immiscer dans la gestion sociale*

Le principe est le suivant : ceux auxquels on attribue des parts ne peuvent, à ce seul titre, ni s'immiscer dans les actes du conseil d'administration, ni prendre efficacement part aux assemblées générales (1).

L'administration des affaires sociales est en effet toujours réservée par les statuts aux actionnaires proprement dits et à leurs mandataires. Par suite, la critique des opérations de la société est, en principe, interdite aux porteurs.

Comme conséquence immédiate de la prohibition de s'ingérer dans la gestion sociale, il semble que les porteurs ne puissent assister aux assemblées générales, car il y aurait là acte certain d'immixtion. La défense faite aux porteurs de prendre part aux assemblées générales se rencontre d'ailleurs dans les statuts de presque toutes les sociétés ; il n'y a alors, pour les porteurs, qu'à respecter cette prohibition.

Mais il peut arriver : ou bien que les statuts soient muets ; ou bien qu'ils soient explicites en sens opposé, c'est-à-dire qu'ils autorisent au profit des porteurs l'accès des assemblées générales. Etudions successivement ces deux hypothèses.

1. Tribunal civil de la Seine, 24 juin 1886, *Revue des Sociétés*, 1886, 603.

a) *Les statuts sont muets*

Puisque les porteurs de parts sont, avons-nous dit, des actionnaires, il semblerait au premier abord qu'ils dussent avoir l'accès aux assemblées générales, et d'éminents auteurs l'ont soutenu (1).

Cette opinion ne nous semble pas exacte, non pas, comme on l'a dit, parce que les porteurs ne sont que des créanciers éventuels de bénéfices, mais parce qu'ils sont des actionnaires *sui generis*, dont, au cas de silence des statuts, le droit de délibérer et de voter n'est pas réglementé par la loi, ce qui nous conduit à des obstacles de fait. Quel serait, en effet, le nombre de parts nécessaire pour avoir une ou plusieurs voix dans le vote ? Comment compter la somme qui délibère, puisque la valeur du titre est essentiellement aléatoire, et qu'il ne porte aucune valeur nominale. Le quorum des assemblées d'actionnaires est réglé par la loi d'après l'étendue du capital : « Or ce capital est présenté par l'acte de société comme si les parts ne concouraient pas à le composer » (2).

b) *Les statuts sont explicites*

Lorsque les statuts disposent que les porteurs auront accès aux assemblées générales, ils règlent en même temps nécessairement les conditions auxquelles sera

1. Lyon-Caen et Renault, t. II, n° 560 *bis*.

2. Thaller, *Traité*, 644.

subordonné ce concours des porteurs. Nous devons donc, ici, faire plusieurs distinctions suivant que les clauses statutaires sont plus ou moins favorables aux porteurs.

α) Les statuts se bornent à autoriser la présence des porteurs à l'assemblée générale, sans leur accorder voix délibérative, ou même, simplement, consultative.

Cette clause est indubitablement licite. Les porteurs se renseigneront ainsi plus exactement sur la marche des affaires sociales, sans pour cela s'immiscer dans leur gestion.

β) Les statuts accordent aux porteurs l'accès des assemblées générales avec voix purement consultative.

Ici les divergences commencent à se manifester dans la doctrine, quand il s'agit d'apprécier la validité de la clause.

Plusieurs auteurs soutiennent que cette clause implique ingérence dans les affaires sociales, car, appelés à discuter, les porteurs s'appliqueront à faire triompher leur opinion ; il y a là, tout au moins, disent-ils, un commencement d'immixtion, contraire à la notion de part de fondateur ; donc la clause doit être nulle.

Nous la croyons, au contraire, valable. En effet, les porteurs ne votent pas ; ils expriment seulement leur avis, et il est fort naturel que les actionnaires le leur demandent, quitte à ne pas le suivre, car les porteurs sont, eux aussi, intéressés à la prospérité de la société. L'intérêt des tiers n'est pas menacé, puisque la marche des affaires sociales ne peut être entravée par un avis dont on a le droit de ne pas tenir compte, et que d'ail-

leurs l'intérêt des porteurs n'apparaît qu'après le paiement des créanciers sociaux.

γ) Mais, dans l'état actuel de la législation, nous nous refusons à aller plus loin ; nous n'admettrions pas la validité d'une clause des statuts qui donnerait aux porteurs le droit de vote, en fixant, bien entendu, le mode d'exercice de ce droit. Le législateur, en effet, n'a manifestement voulu accorder le droit de vote qu'aux seuls actionnaires de capital. La loi de 1867, fixant les majorités nécessaires à la validité d'un vote, exige toujours une certaine majorité représentant une fraction du capital social en numéraire ; or, pour savoir si la majorité est acquise, comment faire figurer dans le calcul de cette fraction, les parts de fondateur, qui, nous le répétons, n'ont pas de valeur nominale, mais une valeur très aléatoire ? Les statuts devraient fixer cette valeur ; or, tout au moins au début de l'existence de la société, il ne peuvent établir que des chiffres d'un arbitraire absolu. Et même nous souhaitons qu'au cas où, ainsi que nous le dirons plus loin, les parts de fondateur viendraient à être réglementées législativement, la prohibition de voter aux assemblées générales soit maintenue comme une règle impérative. Sinon l'analogie de la part avec l'action deviendrait telle que toutes les fraudes seraient possibles. Il ne faut pas que les fondateurs, qui rédigent les statuts, puissent, en accordant aux parts, par des clauses expresses, des droits analogues, ou à peu près, à ceux des actionnaires, créer sous le nom de parts, de véritables actions, qui se trouveraient ainsi affranchies de l'obéissance à toutes les dispositions restrictives que le législateur de 1867 a

cru devoir formuler au sujet des actions proprement dites.

2^o *Obligation de respecter les décisions de l'assemblée générale*

L'obligation de respecter les décisions de l'assemblée générale est la conséquence naturelle des devoirs précédemment indiqués. Les actionnaires proprement dits prennent, en assemblée générale des résolutions relatives à l'établissement des comptes, aux amortissements, à la création de réserves, au quantum du dividende à distribuer pour l'exercice écoulé. Les porteurs de parts doivent, en thèse générale, respecter toutes ces décisions. Mais il est essentiel ici de préciser.

Tout d'abord ces résolutions doivent être prises dans la limite des pouvoirs que les statuts confèrent à l'assemblée générale, et suivant les formes légales. Les statuts, en effet, représentent le contrat intervenu entre les actionnaires ordinaires et les porteurs de parts. Ceux-ci obéissent au pacte social en s'inclinant devant les décisions prises ; ceux-là doivent également appliquer le pacte social en observant, en toute loyauté, les règles qu'il a tracées (1).

Il peut, en second lieu, arriver que les décisions de l'assemblée générale, conformes à la lettre des statuts, aient pour but de léser par fraude les droits des porteurs de parts.

Admettons notamment, que les porteurs aient réussi

1. Lyon-Caen et Renault, n^o 560 *ter*.

à prouver que des résolutions, statutaires d'ailleurs, n'aient été adoptées par l'assemblée générale que pour faire fraude à leurs droits. Les porteurs pourront alors faire déclarer par les tribunaux que cette décision ne leur est pas opposable, et que leur situation doit être réglée, si possible, comme si le vote n'eût pas été émis.

« Si possible », avons-nous dit. Supposons, en effet, le cas de dissolution anticipée de la société, lorsque cette dissolution quoique autorisée par les statuts, n'a d'autre motif que la fraude aux droits des porteurs. Par exemple, aussitôt après la dissolution, il y aurait reconstitution de la société, sur les mêmes bases, mais avec exclusion des porteurs. Il est de toute évidence que la sanction ne saurait être en ce cas la nullité de la délibération intervenue. On ne pourrait décider que la société dissoute serait fictivement censée se survivre à elle-même, car il y aurait impossibilité, nous le verrons plus loin, de fixer les bénéfices ultérieurs d'une telle société.

Nous estimons alors, et nous nous proposons de revenir sur ce sujet, que les droits des porteurs, en raison de la violation du pacte social, que les actionnaires auraient dû exécuter de bonne foi, se résoudront en dommages-intérêts dont l'établissement sera prononcé par les tribunaux.

Enfin si les décisions de l'assemblée générale, prises en conformité des statuts, n'ont pas pour motif de nuire aux porteurs, alors qu'il se trouve néanmoins, qu'elles leur causent, en fait, préjudice, les porteurs n'ont, en principe, qu'à les respecter. La dissolution anticipée,

abstraction faite de l'idée de fraude, nous en fournit un exemple. Mais il est ici de jurisprudence et d'équité d'admettre un tempérament. C'est ainsi, en effet, que l'on doit entendre la règle précédente : du moment que les décisions conformes aux statuts semblent s'inspirer de l'intérêt bien entendu de la société, les porteurs ne peuvent élever aucune réclamation alors même qu'en réalité il résulterait pour eux un préjudice de la décision prise.

Mais si, conformément aux statuts, l'on émet un vote *sans nécessité, sans motif grave*, uniquement de nature à favoriser les actionnaires proprement dits, alors que l'ensemble des porteurs se trouve sacrifié, le pacte social n'est plus exécuté en toute loyauté, et bien qu'ici l'idée de fraude aux droits des porteurs soit remplacée par celle de réalisation d'un gain au profit des actionnaires, l'équité exige que l'on se demande si la mesure prise, bien que conforme à la lettre des statuts, n'en viole pas l'esprit, ne constitue pas un abus.

Si les porteurs, en effet, ont, au moment de la constitution de la société, abdiqué, pour ainsi dire, au profit des actionnaires ordinaires, la direction de l'affaire, c'est dans l'évidente intention que leurs droits ne seraient pas sacrifiés abusivement et sans nécessité. *Que s'il n'y a pas fraude* de la part des actionnaires qui sacrifient les droits des porteurs pour augmenter leurs avantages personnels, *du moins y a-t-il faute*. Nous estimons même qu'il y a ici faute contractuelle, et que les dommages et intérêts, auxquels auraient droit les porteurs sacrifiés, seraient plutôt prononcés en vertu des articles 1146 et suivants du Code civil, qu'au nom

de la règle inscrite dans l'article 1382, ainsi que l'admet en général la jurisprudence.

C'est surtout en matière de dissolution anticipée, quand les statuts en autorisent le vote, que la jurisprudence a appliqué les considérations qui précèdent. Sans faire intervenir ici la théorie de l'abus du droit, théorie discutée et discutable, nous préférons dire que l'abus que l'assemblée générale fait de ses pouvoirs, constitue une violation du pacte social, et que le droit, qu'elle exerce, de voter les mesures préjudiciables aux porteurs, dans les limites précédemment indiquées, n'existe qu'en apparence, et non en réalité.

Et l'on ne saurait voir dans l'action en dommages-intérêts par laquelle les porteurs demandent réparation du préjudice qu'ils subissent une immixtion dans les affaires sociales, immixtion que prohiberaient les statuts. Ils ne critiquent pas, en effet, la gestion de la société ; ils ne s'élèvent pas contre l'administration des mandataires de l'assemblée générale. Nous supposons que les statuts ont été respectés sur tous ces points. Mais la délibération dont il s'agit viole, nous le répétons, le pacte social, le contrat passé entre la société et les porteurs. Ceux-ci demandent que leurs droits soient respectés ; il n'y a pas là immixtion dans la gestion de la société. Et d'ailleurs, si le droit d'agir leur était alors refusé, par le motif, d'ailleurs non fondé, qu'il y a immixtion interdite, le porteur de parts, serait, de façon absolue, à la merci de l'assemblée générale ; il n'aurait plus, en réalité, aucun droit :

« Si l'actionnaire, quel qu'il soit, dit M. Chave-

grin (1), doit respecter les décisions de l'assemblée, c'est à la condition qu'elles ne dénaturent pas le contrat par lequel il est devenu lui-même associé. Il a souscrit ou acquis des actions, en vue de certains droits qu'on lui garantissait ; la majorité ne peut lui enlever ces droits, ni les amoindrir, parce que, en agissant ainsi, elle porterait la main sur un des éléments essentiels du pacte intervenu, ou, pour mieux dire, anéantirait ce pacte, et le remplacerait, d'autorité, par un autre.

Pour appliquer ces idées aux porteurs, analysons la convention qui a fait d'eux des associés. Les porteurs sont des individus qui ont préparé la formation de la société. Aussitôt qu'elle s'est trouvée constituée, ils auraient pu exiger le remboursement de leurs frais et l'indemnité de leurs peines. Ils y ont renoncé ; mais à quel prix ? Moyennant l'engagement que la masse des actionnaires prenait envers eux de les considérer comme des *actionnaires d'une catégorie spéciale* et de leur donner part aux bénéfices normalement distribués pendant tout le temps fixé par les statuts...

Qu'importe que les porteurs se soient interdit tout contrôle sur les délibérations, et toute influence sur la marche de l'affaire ?... Ils ont pris l'engagement de laisser la société vivre à sa guise, mais pourvu qu'on ne prétendît point détruire ou diminuer les droits que leur accorde leur titre. »

La jurisprudence a eu souvent à faire application de ces règles, en examinant, sur chaque espèce, les cir-

1. Syrey, 89, I, 417, (note déjà citée).

constances de fait. Nous retrouverons d'ailleurs d'autres applications de ces mêmes règles quand nous examinerons les attributions de bénéfices, certaines modifications statutaires, la dissolution anticipée... Tantôt elle admet la validité des délibérations de l'assemblée générale et repousse l'action des porteurs lorsqu'il ne semble pas que les droits que cette assemblée tient des statuts aient été outrepassés à leur détriment (1).

Tantôt elle reconnaît pour les porteurs le droit aux dommages-intérêts, quand il semble que le pacte social ait été violé à leur désavantage. Mais la jurisprudence a tendance à ne pas prononcer la nullité de la délibération critiquée par les porteurs. Souvent, en effet, cette nullité est inapplicable, comme au cas où la dissolution anticipée est l'objet des critiques justifiées des porteurs. Souvent aussi la délibération attaquée n'intéresse pas que les porteurs ; et puisque ceux-ci sont indemnisés pécuniairement du préjudice par eux subi, les tribunaux ne croient pas utile d'annuler la délibération quand, bien entendu, l'annulation serait, à la rigueur, possible. Cependant nous croyons que le tribunal de commerce de la Seine a posé un principe trop absolu le 29 mai 1899 :

« Attendu que les parts bénéficiaires, sous quelque nom qu'elles existent, ne représentent aucune fraction du capital social et ne confèrent aucun droit d'ingérence dans les affaires de la société ;

Que si, le cas échéant, les porteurs de parts peuvent

1. Tribunal de commerce de la Seine, 24 juin 1886, *La Loi* du 7 juillet 1886.

être fondés à introduire une action en dommages-intérêts, lorsqu'une mesure préjudiciable à leurs intérêts, a été prise par l'assemblée générale, ils ne peuvent, en *aucune manière*, être fondés à demander la nullité d'une décision prise par les actionnaires *dans la plénitude de leurs droits* » (1). C'est qu'en effet, il n'est pas démontré que les actionnaires, en prenant une décision en apparence dans la plénitude de leurs droits, n'aient pas, en réalité, outrepassé ces droits.

Concluons donc : si la nullité de la délibération est possible (2), la mesure ne touchant, d'autre part, que les porteurs seuls, cette nullité devrait être prononcée ; sinon, et il en sera le plus souvent ainsi, les porteurs auront droit seulement à des dommages-intérêts, lorsque seront réalisées les conditions auxquelles nous avons dit que ces dommages-intérêts leur étaient dus.

SECTION II

Droits des porteurs

Le principal droit accordé aux porteurs est celui de participer aux bénéfices de la société. De plus, les statuts mentionnent souvent, en leur faveur, quelques

1. Tribunal de commerce de la Seine, 29 mai 1899, et Paris 15 mars 1901, *Le Droit*, 12 juin 1901.

2. Par exemple, en cas d'affectation à la réserve de bénéfices qui auraient dû être distribués aux porteurs.

avantages spéciaux que nous signalerons en dernier lieu.

I. — DROIT AUX BÉNÉFICES

Tant que dure la société, le porteur a un certain droit sur les bénéfices sociaux. En général, les statuts réglementent avec précision le partage des bénéfices *distribuables* (nous verrons bientôt ce qu'il faut entendre par cette expression). Habituellement ils ordonnent :

1^o Le prélèvement, sur ces bénéfices, du vingtième destiné à la réserve légale ;

2^o Le prélèvement d'un tant pour cent, en général 5 0/0, à distribuer aux actions de capital à titre de premier dividende. Ces deux prélèvements opérés, les membres du conseil d'administration sont rémunérés de la façon indiquée par les statuts.

Sur le reliquat, ceux-ci ordonnent souvent qu'un troisième prélèvement sera opéré, à titre de réserve extraordinaire, pour constituer un fonds de prévoyance.

C'est alors, et alors seulement, que ce qui reste des bénéfices distribuables est réparti suivant une fraction fixée par les statuts, concurremment entre les actions de capital (par exemple 60 0/0 sur le reliquat) et les parts de fondateur (40 0/0). Donc, l'on conçoit que, suivant la façon dont sont évalués les bénéfices distribuables, selon la plus ou moins grande importance donnée aux amortissements du matériel, suivant le chiffre plus ou moins considérable porté au fonds de prévoyance, on conçoit,

disons-nous, que le dividende attribué aux parts puisse, dans une société prospère, se trouver ou très rémunérateur, ou à peu près nul. Les porteurs vont donc être très enclins à critiquer l'établissement des comptes annuels, le bilan, l'évaluation des amortissements, les attributions à la réserve extraordinaire, tout ce qui, en un mot, tend à diminuer le dividende auquel ils prétendent avoir droit. Tantôt leurs critiques sont sans fondement ; tantôt au contraire, elles doivent être accueillies ; les tribunaux apprécient.

Reprenons maintenant l'énumération des prélèvements qui priment les droits des porteurs.

1° *Réserve légale*

On sait que les sociétés anonymes doivent, d'après l'article 36 de la loi de 1867, mettre chaque année en réserve *au moins* le vingtième des bénéfices jusqu'à ce que le dixième du capital social ait été reconstitué. A partir de ce moment, la mise à la réserve légale d'une fraction des bénéfices n'est plus obligatoire. Si donc les statuts sont muets en ce qui concerne la réserve légale, ou s'ils se contentent de reproduire la disposition de la loi de 1867, les porteurs de parts ne pourront élever aucune critique. Mais, dans ce cas, lorsque le dixième exigé par la loi est reconstitué, ils ont évidemment le droit de ne plus subir, de ce chef, de restriction à la part qui doit leur revenir.

2° *Premier dividende*, ou prélèvement de la somme

destinée à servir aux actionnaires ordinaires un intérêt fixe (en général 5 0/0 du capital qu'ils ont versé et qu'on ne leur a pas restitué par voie d'amortissement).

L'usage est constant de remettre ainsi aux actions de capital, à titre de premier dividende, un acompte fixe de 5 ou 6 0/0. Mais cet usage n'existe que parce que la clause est de style, pour ainsi dire, dans les statuts. Si ces derniers ne la contenaient pas, le prélèvement de 5 0/0 violerait le droit des porteurs et ne saurait, par suite, être opéré.

On a contesté cette solution ; on a soutenu que, même au cas où les statuts sont muets, les actionnaires ont droit au prélèvement de 5 0/0, et on tire précisément argument de la généralité de l'usage en vertu duquel les statuts stipulent ce prélèvement. En l'absence, dans notre droit, d'une disposition légale (1), cette opinion n'est évidemment pas fondée ; elle viole manifestement la règle de l'article 1134 du Code civil.

3° Rémunération des administrateurs

Les deux premiers prélèvements opérés, une quote-part des bénéfices, ou une somme déterminée, est attribuée au conseil d'administration, à titre de rémunération. Il n'y a, sur ce point, qu'à se conformer à la lettre des statuts.

1. L'article 8 du projet de loi voté, en 1884, par le Sénat, disait : « Ces titres (les parts de fondateur) ne donnent droit qu'à une quote-part dans les bénéfices, lesquels, sauf stipulation contraire, sont calculés après prélèvement d'un intérêt de 5 0/0 au moins au profit des actions.

4^e Réserve supplémentaire. Fonds de prévoyance

Sur le reliquat, les statuts ordonnent souvent que l'on prélève une certaine somme pour constituer, à titre de réserve supplémentaire, un fonds de prévoyance. Avec l'intensité de plus en plus grande de la concurrence, tant à l'intérieur du pays que sur les marchés extérieurs, avec les perfectionnements constamment inventés par la science, avec l'augmentation du coût de production, et notamment avec l'élévation du taux des salaires, et la crainte d'une suspension de la fabrication en cas de grève, s'est introduite, dans les sociétés prévoyantes, l'idée de mettre en réserve une partie des bénéfices annuels, de créer, en un mot, surtout dans les bonnes années, un fonds de prévoyance. L'utilité de ce fonds est évidente ; en y puisant, la société pourra, dans les mauvaises années, distribuer des dividendes suffisants pour parer à la dépréciation de la valeur des titres sociaux ; elle aura aussi le moyen, sans entamer son capital, de faire face à des pertes imprévues, de triompher plus aisément des crises passagères. Pour savoir dans quelle limite il est possible d'opérer la constitution d'un fonds de prévoyance, il est nécessaire de distinguer :

a) Les statuts sont explicites

En général, les statuts fixeront eux-mêmes les conditions auxquelles le fonds de prévoyance peut être con-

titué ; par exemple, le maximum de la réserve extraordinaire annuelle est établi, au moins pour les premières années. Parfois aussi, il faut que les porteurs de parts aient reçu un dividende minimum avant que l'on puisse voter un prélèvement pour le fonds de prévoyance.

En principe les porteurs doivent respecter ces stipulations, puisqu'elles font partie du pacte social auquel ils ont souscrit lors de la constitution de la société. Cependant, en vertu d'idées que nous avons antérieurement développées, s'il était démontré que l'affectation à la réserve extraordinaire, bien qu'autorisée par les statuts, n'a d'autre but que de léser les droits des porteurs, ceux-ci devraient être admis à la critiquer.

b) *Les statuts sont muets*

L'hypothèse donne matière à une délicate controverse. Peut-on, dans le silence des statuts, distraire des bénéfices annuels certaines sommes pour la constitution de réserves extraordinaires ?

M. Wahl (*Journal des Sociétés*, 1900, p. 295) soutient l'affirmative parce que, en raison de la spécialité de l'emploi ordonné par l'assemblée générale, on ne peut plus dire qu'on se trouve en présence de bénéfices. L'assemblée générale peut modifier l'administration, et la mise en réserve extraordinaire est un acte d'administration. On fait remarquer, en outre, dans ce système, que la mesure en question est prise dans l'intérêt bien entendu de la société, et que les fondateurs, porteurs de parts, doivent avoir à cœur de respecter les

mesures tendant à la prospérité de la société qu'ils ont fondée.

Nous préférons l'opinion adverse. Nous estimons que, dans le silence des statuts, la constitution d'un fonds de prévoyance ne peut être considérée comme une mesure normale ; qu'elle ne peut avoir lieu que dans des circonstances extraordinaires, quand il s'agit de faire face à des aléas spéciaux (1).

Les statuts, en effet, font la loi des parties, et ils déterminent quels bénéfices doivent, si l'on ne veut violer le pacte social, être distribués aux associés, en y comprenant les porteurs. Si, en cours d'existence, la société modifiait le pacte, en organisant de façon normale, pour faire face à des besoins encore indéterminés, un fonds de réserve pris sur ces bénéfices, elle n'exécuterait pas les obligations qu'en vertu de son acte constitutif, elle a contractées vis-à-vis des porteurs de parts. Et il a été jugé, en ce sens, que les porteurs peuvent demander, contre la société, la nullité de délibérations autorisant des prélèvements non statutaires, ou détournant les réserves de l'affectation qu'elles doivent recevoir (2).

Mais, dans notre opinion, quand les circonstances l'exigent, il sera loisible à la société, dans l'intérêt commun, et par mesure de prudente administration, de prélever sur les bénéfices des réserves extraordinaires (3) :

1. Lyon-Caen et Renault, II, n° 901.

2. Paris, 8 juin 1901, *Journal des Sociétés*, 1901, 505 ; Tribunal de commerce de la Seine, 16 janvier 1890, *Journal des Sociétés*, 1890, 262.

3. En ce sens : Paris, 13 décembre 1892, *Journ. des Soc.*, 1894,

« L'assemblée ne peut, dit M. Chavegrin (1), faire échec à la répartition normale des gains, parce que ce serait amoindrir les droits que les porteurs de parts ont en vertu du contrat. Si donc on a prescrit la formation d'une réserve extraordinaire, cette décision ne leur est opposable que quand elle paraît *nécessaire* pour assurer, dans l'avenir, la marche de l'exploitation et la continuation des bénéfices. En ce cas les prélèvements constituent des sacrifices nécessaires imposés par la nature de l'entreprise ; ce sont des actes de bonne gestion que les associés ont dû prévoir en traitant ; la répartition des gains, telle qu'elle s'opère après la mise au fonds de réserve, est parfaitement normale. En toute autre hypothèse, le contrat est violé. »

Suivant le Tribunal de commerce de la Seine, les actionnaires ont incontestablement tout pouvoir et toute liberté pour fixer tels prélèvements qu'ils apprécient à l'effet de constituer des réserves ; « mais (2), si sages que puissent être ces décisions, ils sont tenus de satisfaire préalablement aux engagements pris, et de donner aux porteurs de parts la rémunération promise. Or, la société ne justifiant pas de faits ni de *circonstances d'une nature particulière* propres à annihiler les bénéfices pour les verser à un fonds spécial de prévoyance, ces dits bénéfices doivent être mis en distribution conformément aux dispositions des statuts ».

324 ; Trib. com. Seine, 23 mars 1900, *Journ. des Soc.*, 1901, 119 ; Paris, 13 juin 1901, *Journ. des Soc.*, 1901, 351.

1. Sirey, note, 89, 1. 417.

2. Trib. comm. Seine, 5 mai 1884, *Gaz. du Palais*, 1884, 2, supplément 88.

Il nous faut maintenant préciser les cas où l'on peut dire que les circonstances commandent la création d'un fonds de prévoyance. Il faut, dit-on, une « nécessité précise et reconnue ». Pour M. Wahl (*Journal du Palais*, 1898, II, 89), les prélèvements sont légitimes dans la mesure nécessitée par une administration prudente et honnête. Reste à déterminer cette mesure, et c'est là la difficulté, car, de très bonne foi, des appréciations contradictoires peuvent être formulées au sujet d'une éventualité, redoutable pour les uns, sans importance pour les autres. Les tribunaux apprécieront en fait, en se plaçant fictivement au moment où le prélèvement a été décidé.

C'est ainsi, nous le verrons plus loin, qu'en prévision d'une diminution imminente de l'actif social, par exemple en raison de la variation du change, et autres hypothèses analogues, la société peut, même pendant plusieurs exercices, prélever sur ces bénéfices les sommes nécessaires pour combler le déficit que l'on prévoit (1).

Inversement, quand nous examinerons le rachat des parts, nous dirons que, dans le silence des statuts, il est permis aux porteurs de critiquer les décisions portant création de réserves extraordinaires destinées à effectuer ce rachat.

Ces quatre premiers prélèvements opérés, c'est alors seulement que les porteurs concourent, sur le reliquat, avec les actionnaires ordinaires, dans une proportion fixée. Par exemple, les parts touchent 20 0/0, et les

1. Voir *infra*, le jugement du tribunal de commerce de la Seine. 14 janvier 1893, rapporté in extenso.

actions de capital 80 0/0. Les fractions suivant lesquelles a lieu la répartition, sont, en pratique, très variables. Parfois même les statuts procèdent différemment à la détermination de la rémunération des porteurs, ils toucheront, par exemple, une somme fixe à prendre sur le reliquat. Rien ne s'oppose à la validité d'une telle clause.

Les statuts peuvent aussi créer des *parts de priorité*, c'est-à-dire décider qu'un dividende sera réparti entre les parts *avant* que le reliquat des bénéfices soit attribué aux actionnaires, car la convention fait la loi des parties.

Mais que sont exactement ces bénéfices sur lesquels les porteurs peuvent avoir à faire valoir leurs droits ? Ce sont les produits de l'exercice *au delà du capital social*, déduction faite des frais généraux et des charges incombant chaque année à la société (1). D'où il suit que les bénéfices de l'année ne sont pas nécessairement des bénéfices *distribuables* ; il n'en serait ainsi que si le capital social était, à ce moment, intact, car sans cette circonstance, il ne peut être question de distribuer des bénéfices.

En réalité, pour que les porteurs aient vocation à un dividende, on voit non seulement qu'un certain nombre de prélèvements sont opérés sur les bénéfices, mais encore que le capital social doit toujours être reconstitué, avant qu'il soit question d'une distribution quelconque de bénéfices.

1. Houpin, II, n° 927 ; Riom, 29 décembre 1898, *Journ. des Soc.*, 1900, 23 ; Lyon-Caen et Renault, II, 898-900 ; Caen, 21 juillet 1898, S. 1901, I, 537, et la note de M. Wahl.

En ce qui concerne cette reconstitution du capital, reconstitution qui empêche la distribution de tout dividende, les porteurs de parts ont souvent contesté que ce capital fût entamé, et, par suite, soutenu que, de ce chef, leur dividende ne devait subir aucune diminution. Les tribunaux ont évidemment, là encore, à apprécier les circonstances. C'est ainsi que, le 24 juin 1886 (*la Loi* du 7 juillet 1886), le Tribunal de commerce de la Seine a débouté un porteur de parts : conformément aux statuts, l'assemblée générale avait versé les bénéfices à une réserve spéciale, en vue de maintenir intact le capital social. Un autre jugement du Tribunal de commerce de la Seine, en date du 14 janvier 1893 (*Journal des Sociétés*, 1893, 394), a également décidé, dans une espèce intéressante, que les porteurs ne pouvaient critiquer une mise en réserve ayant pour but de compenser les diminutions de capital résultant des variations du change :

« Attendu que ladite société, bien que constituée en France où le capital a été versé, a dû convertir ce capital en piastres mexicaines, c'est-à-dire en monnaie du pays où ont lieu les opérations ;

Attendu qu'il est établi au débat que ce change de monnaie a été effectué, en 1890, au taux de 4 fr. 278 par piastre ; et qu'à la date du 29 juin 1892, lorsque le conseil d'administration a rendu compte de l'exercice 1891 à l'assemblée générale des actionnaires, le cours de change de la piastre mexicaine était de beaucoup inférieur à ce taux ; et que, par mesure de prudence, cette assemblée a décidé, sur la proposition dudit conseil, que, pour faire face à cette dépréciation de

cours, qui peut n'être que momentanée, il serait prélevé, sur le montant des bénéfices réalisés pendant cet exercice, une somme de 320.000 francs, qui, ajoutée à celle de 30.000 francs, prélevée antérieurement dans le même but, serait portée dans un compte ayant pour titre : Réserve pour change ;

Attendu que, lors de la constitution de ladite société, il a été créé, en outre de 8.000 actions de 500 francs chacune formant le capital social effectif, 10.000 parts de fondateur, auxquelles il a été attribué 50 0/0 des bénéfices nets réalisés ;

Attendu que Meyer, qui justifie être porteur de 100 de ces parts, critique la décision sus-énoncée et prétend que, si, aux termes de l'article 40 des statuts sociaux, l'assemblée générale des actionnaires a le droit de constituer un fonds de prévoyance, elle ne peut le faire qu'au moyen de prélèvements sur les 50 0/0 revenant aux actions, et non sur les 50 0/0 attribués aux parts de fondateurs ; qu'ainsi cette décision serait antistatutaire, et qu'il serait fondé, dès lors, à se faire verser par la société le dividende lui revenant pour l'exercice 1891 sur les 100 parts qu'il possède ;

Mais, attendu qu'il est constant que le conseil d'administration ne pouvait considérer comme constituant des bénéfices nets et distribuables l'excédent des recettes de l'exercice 1891, déduction faite des charges sociales, *qu'autant que le capital social eût été intact : ce qui n'est pas le cas*, puisque ce capital, converti en piastres mexicaines, se modifie nécessairement suivant les variations du cours du change de cette valeur, laquelle avait subi, comme il vient d'être dit, une forte dépréciation

au moment de l'assemblée générale du 29 juin 1892 ; qu'il s'ensuit que l'actif social était, à ce moment, diminué dans la proportion de la différence du taux de la valeur qui le compose, et que, par suite, les bénéfices réalisés pendant cet exercice n'étant qu'apparents, le conseil d'administration n'aurait pu en proposer la distribution, aussi bien aux porteurs de parts qu'aux actionnaires, qu'en s'attirant le reproche d'avoir distribué des dividendes fictifs ;

Attendu, au surplus, que la somme ainsi prélevée n'a nullement été portée, comme le prétend le demandeur, au fonds de prévoyance prévu par l'article 46 des statuts, lequel reste la propriété exclusive des actionnaires ; mais constitue un fonds spécialement destiné à compenser la diminution momentanée du capital social, par suite de l'abaissement de la piastre mexicaine ; qu'ainsi, les porteurs de parts de fondateur n'ont nullement été lésés au profit des actionnaires par la décision critiquée, qui a été prise par l'assemblée générale des actionnaires dans la plénitude de ses droits... »

En tous cas, pour repousser l'action d'un porteur de parts qui soutient que le capital social que l'assemblée générale veut compléter, n'a pas besoin de l'être, parce qu'il n'est pas, en fait, entamé, il ne faudrait pas argumenter du défaut d'intérêt de ce porteur, en raison de ce qu'il a un droit sur le solde de liquidation, et qu'il retrouvera plus tard, en gros, ce qu'il perd en détail. D'une part, en effet, ce dernier résultat peut ne pas être atteint si, à des années prospères, viennent à succéder des années mauvaises. D'autre part, et en admettant même pour la société une prospérité allant sans cesse

en augmentant, l'assemblée générale n'a pas le droit de forcer les porteurs à faire des économies malgré eux ; il faut donc que le capital social soit effectivement entamé pour qu'elle puisse distraire des bénéfices les sommes nécessaires à le compléter.

Pratiquement la détermination du quantum des bénéfices distribuables résulte de la confection de l'inventaire et de l'établissement du bilan ; l'assemblée générale décide, en se conformant aux statuts.

Bien entendu, l'inventaire doit être loyalement fait ; il serait trop facile, en exagérant la dépréciation subie, pendant l'exercice, par certains éléments de l'actif, de réduire à zéro le dividende revenant aux porteurs.

Si les comptes en vertu desquels les dividendes sont à répartir aux porteurs leur semblent suspects, ils agiront en redressement de comptes ; pourvu qu'ils n'aient pas antérieurement tacitement ratifié ces comptes, et implicitement renoncé à leur action en touchant le dividende mis à leur disposition.

Mais il faut ici faire état de ce que les porteurs ne peuvent s'immiscer dans la gestion sociale. Le porteur qui agit en redressement de comptes doit donc indiquer, dans ses conclusions, de façon précise, les éléments de comptes qu'il prétend abusifs ou frauduleux (1).

Dans quelle mesure les fondateurs (qui, ne l'oublions pas, sont des actionnaires ayant renoncé par le pacte social à s'ingérer dans la gestion), peuvent-ils se servir des livres de la société dans leur action en redressement

1. Trib. civ. de la Seine, 27 avril 1897, *Journ. des Soc.*, 1897, 444 ; Paris, 8 juin, 1901, *Journ. des Soc.*, 1901, 505.

de comptes ? Ce sera aux tribunaux de l'apprécier ; et ils ordonneront, au besoin, la communication (1) des livres sociaux à un expert, dans la limite qu'ils estimeront nécessaire.

Des amortissements

Les divers éléments de l'actif doivent, avons-nous dit, être estimés dans l'inventaire annuel à leur valeur réelle. Or, chaque année, certains d'entre eux diminuent de valeur soit par l'usage, soit par la vétusté. Dans l'établissement du bilan, on a coutume de faire figurer à l'actif ces éléments avec leur valeur initiale, mais, chaque année, on calcule, aussi exactement que possible, la diminution subie. Cette diminution, on la fait figurer aux charges, et, pour la faire disparaître, on prélève une somme égale sur les bénéfices de l'exercice. Quelquefois on fait figurer à l'actif les divers biens le composant en leur donnant leur valeur exacte. Leur dépréciation depuis le début a été peu à peu équilibrée par des prélèvements annuels sur les bénéfices : ce qui manque encore représente le prélèvement à opérer sur les bénéfices de l'exercice actuel (2).

1. Même si, croyons-nous, les statuts contenaient une clause en sens contraire, car cette clause aurait pour effet de mettre les porteurs à la merci des actionnaires.

2. On ne peut songer à fixer dans les statuts, pour éviter les contestations, le quantum de chaque amortissement annuel, car les dépréciations du matériel, des immeubles, etc., ne sauraient être évaluées à l'avance, la gestion sociale pouvant se trouver fort gênée par cette évaluation anticipée.

Supposons tout d'abord que les porteurs aient un droit sur le solde de liquidation, lors de la dissolution de la société. Dans ce cas, ils n'ont peut-être pas grand intérêt à critiquer les amortissements même très largement pratiqués, car ils retrouveront un jour, en bloc, leurs pertes annuelles ; il leur est permis de l'espérer. Mais enfin, cet espoir peut être déçu ; et, d'ailleurs, la société n'a pas le droit de les contraindre à faire des économies, ainsi que nous l'avons déjà observé. De plus, il y a, dans cette exagération d'évaluation des amortissements, une augmentation de capital déguisée, et obliger les porteurs à accepter cette augmentation, ce serait une violation du pacte social. Quoi qu'il en soit, il est certain que, si les statuts leur déniaient expressément tout droit sur le solde de liquidation, les porteurs doivent être admis à prouver que les amortissements ont été exagérés à leur détriment.

Bien plus. Même au cas où les statuts disposeraient que les amortissements seraient souverainement fixés par les soins du conseil d'administration, il y aurait encore lieu, pour les porteurs, de se plaindre des abus, des exagérations systématiquement pratiquées dans l'intention de les frustrer des dividendes annuels, qui leur sont légitimement dus :

« En ce qui concerne l'attribution aux parts de fondateur de 20 0/0 des sommes portées aux bilans de la Société des Aciéries de France de 1882-83 à 1887-88 inclus, sous la rubrique « amortissement extraordinaire » ;

Attendu que, s'il est vrai (article 39 des statuts), que « aucune critique ne pourra être faite par les porteurs de

parts, et nulle réclamation ne pourra être formée par eux si aucune somme n'a pu être attribuée aux parts », il ne saurait être méconnu que les porteurs des dites parts ont le droit de poursuivre devant la justice le redressement des comptes, alors que, d'après eux, ces comptes ont été établis contrairement à la lettre et à l'esprit des statuts ;

Qu'il ne peut, en effet, appartenir aux actionnaires, réunis en assemblée générale, de rectifier arbitrairement les avantages consentis aux porteurs par le pacte social ;...

Attendu, en fait, que le conseil d'administration, s'appuyant sur les droits conférés à lui par les statuts de régler tous amortissements, a porté au chapitre « Amortissements extraordinaires » des divers bilans relevés à l'assignation des sommes constituant, d'après Berthier, des bénéfices distribuables ;

Attendu qu'il n'est indiqué, ni par les écritures produites au procès, ni par les explications fournies à la barre, à quelle partie de l'actif s'appliquent ces amortissements extraordinaires ;

Attendu qu'il ne saurait s'agir des immeubles ou du matériel, dont l'amortissement a été statutairement fixé ;...

Attendu que s'il a été effectué des paiements importants pour l'acquisition d'usines et l'amélioration du matériel, ces articles constituent des dépenses auxquelles il ne saurait être pourvu au moyen d'amortissements ;

Attendu que si des sommes dues à des tiers ont été

remboursées, cette opération doit être régulièrement portée en dépense ;

Que, conformément à la définition extraite de la consultation délibérée par M^e du Buit, laquelle est produite par la compagnie demanderesse, l'amortissement est « la constatation de la moins-value de l'actif immobilisé, par rapport au chiffre pour lequel il était passé au dernier bilan » ;

Qu'il doit donc, dès lors, être spécial à une partie déterminée de l'actif ;

Qu'en l'absence de renseignements suffisants, il y a lieu, pour le Tribunal, d'ordonner une instruction aux fins de connaître les affectations des sommes comprises sous la rubrique « amortissements extraordinaires » (1).

Notons que le droit de critiquer les amortissements, et de démontrer qu'il y a, de la part de la société, violation du contrat qui la lie aux titulaires de parts, appartient non seulement aux porteurs originaux, mais encore à ceux qui ont acquis leurs titres au cours de l'existence de la société, alors que déjà les exagérations figuraient dans les bilans antérieurs à cette acquisition, pourvu qu'elles aient persisté depuis (2).

Il convient, d'ailleurs, de faire ici une remarque. Les amortissements, en pratique, sont considérables, dans l'intérêt même de la société, mais cependant il y a des limites à ces exagérations. En effet, ce n'est pas seulement le dividende des porteurs qui se trouve alors

1. Trib. de comm. de la Seine, 16 janvier, 1890, *Le Droit* du 34 janvier 1890.

2. Trib. civ. de la Seine, 20 décembre 1894, *Journ. des Soc.*, 1895, 430 ; Paris, 46 juillet 1895, *Journ. des Soc.*, 1896, 414.

amoindri ou même anéanti, c'est également celui des actionnaires, puisqu'ils viennent en concours ; en sorte qu'en grossissant à l'excès les amortissements, ils s'exposent à ne toucher que les 5 ou 6 0/0 de leur premier dividende. Or, nul n'ignore qu'ils éprouvent ardemment le désir, d'ailleurs naturel et légitime, de voir s'ouvrir pour eux le plus tôt possible l'ère des gros dividendes.

Il en est parfois autrement. On ne répartit pas l'amortissement sur la durée de la société ; on tâche d'obtenir au plus tôt ce résultat que le bilan s'établisse avec 1 fr. comme valeur de chaque élément *matériel* de l'actif.

La jurisprudence a eu quelquefois à s'occuper de cette question de l'évaluation des amortissements. Nous en citerons deux exemples.

PREMIÈRE ESPÈCE. — *Affaire des mines du Laurium*. — Au bilan de cette société, chaque catégorie de valeurs figurait pour la somme conventionnelle de 1 franc ; outillage, matériel, immeuble, mines, étaient estimés 1 franc. D'où la nécessité, pour reconstituer le capital social, de ne distribuer aucun bénéfice aux porteurs. Tous les éléments de l'actif initial finissant ainsi par disparaître, en réalité, de l'inventaire, alors que leur valeur réelle demeurerait considérable, des porteurs agirent en justice. Le Tribunal civil de la Seine, le 20 décembre 1894 (*Gazette du Palais*, 1895, I, 145), reconnut tout d'abord aux porteurs le droit d'agir qu'on leur contestait : il ne peut appartenir ni au conseil d'administration, ni aux assemblées générales, décida-t-il, de réduire, soit directement, soit indirectement, les droits

consentis par le pacte social aux parts de fondateur. Les porteurs peuvent donc demander aux tribunaux si, au regard du pacte, il a été fait usage de la faculté d'appréciation réservée au conseil d'administration et à l'assemblée générale, dans des conditions *légitimes et suffisamment justifiées*.

En second lieu, trouvant excessif l'amortissement tel qu'il était porté au bilan, le Tribunal de commerce, après avoir remarqué que la loi de 1867 n'ordonnait pas la création d'un fonds d'amortissement, disait : les statuts peuvent assurément prescrire ou permettre la formation de ce fonds, mais l'assemblée générale ne peut, à défaut de clauses particulières et expresses du pacte social qui l'y autorisent, ou de l'assentiment unanime de tous les intéressés, établir un prélèvement sur les bénéfices distribuables. Par suite, les porteurs étaient fondés à demander la répartition immédiate des bénéfices indûment soustraits à la distribution.

En appel, comme devant la juridiction consulaire, le droit d'agir en justice fut reconnu aux porteurs (1) :

« Considérant que les intimés, en leur simple qualité de porteurs de parts de fondateur, ne sauraient, en principe, critiquer les délibérations de l'assemblée générale, dont ils reconnaissent et proclament la parfaite régularité, sans s'immiscer, ce qui leur est formellement interdit, dans l'administration de la société ; mais qu'ils soutiennent, pour éluder les conséquences de ces délibérations, qu'elles ont été prises en violation des statuts ; qu'à ce titre leur demande ne peut être

1. Paris, 16 juillet 1896, *Gaz. du Palais*, 1896, II, 359.

écartée par la fin de non-recevoir qui leur est opposée. »

Mais sur le fond la demande des porteurs fut écartée.

En effet une première raison, aux yeux de la Cour, lui fit repousser la demande : la réserve légale étant de 50/0 *au minimum*, et le maximum n'étant pas indiqué aux statuts, on peut faire passer à la réserve toutes les sommes que l'on voudra (Ce qui est sans doute exagéré, et a pour effet d'anéantir, ou à peu près, les droits des porteurs).

Ensuite, à l'affirmation des porteurs que l'amortissement était excessif, la Cour réplique :

« Considérant que les intimés n'invoquent pas, à l'appui de leur demande, un prétendu caractère anti-statutaire des prélèvements opérés sur les autres objets de la société, mais uniquement leur exagération ; que cette prétention est en contradiction flagrante avec les dispositions mêmes de l'article 40 des statuts, qui sont la loi des porteurs de parts de fondateur, et qui déclarent expressément que le Conseil d'administration est seul juge des dépréciations survenues, entre chaque inventaire, aux immeubles, usines, outillage industriel, et marchandises de la société ;

Considérant, enfin, qu'il n'est point inutile de rappeler que les intimés n'allèguent pas que les prélèvements qu'ils critiquent aient été frauduleusement effectués en fraude de leurs droits ; qu'ils en reconnaissent, au contraire, la parfaite prudence et la plus entière prévoyance au point de vue des intérêts bien compris de la société ; mais qu'ils soutiennent que, *ne devant point être admis*, dans le *silence* des statuts, à partager, en fin de société, le montant des prélèvements qu'ils critiquent avec les

actionnaires, ils ne peuvent actuellement le subir ; qu'en l'admettant, *ce qui est loin d'être démontré, et contraire aux déclarations faites dans les plaidoiries* au nom de la société et aux affirmations faites par le conseil aux actionnaires réunis en assemblée générale, il n'en faudrait pas moins conclure que les porteurs de parts de fondateur, qu'ils soient les actionnaires primitifs porteurs d'actions de numéraire, entre lesquelles les parts ont été réparties à titre de supplément de dividende, ou qu'ils ne soient que de simples cessionnaires, ne peuvent être accueillis dans leur demande ; qu'en effet, parties aux statuts, par eux ou leurs auteurs, ils se sont engagés à les respecter et à s'y conformer, et, par suite, à ne prétendre aux 12 0/0 à eux alloués que sur les produits nets fixés. après tous prélèvements effectués, par les assemblées générales régulièrement constituées, et délibérant dans leur souveraineté, sur la proposition du Conseil d'administration auquel seul appartient, avec les pouvoirs les plus étendus, la gestion des affaires de la société ».

Deux remarques doivent être faites ici : d'abord la Cour n'admet pas, hors le cas de fraude, les porteurs à agir pour critiquer les décisions de l'assemblée générale qui leur causent préjudice, quand il est acquis que cette décision n'est pas contraire aux statuts ; nous avons dit plus haut que cette règle, ainsi formulée, nous semblait trop dure pour les porteurs ; des décisions constituant non des fautes, mais de simples abus, pourraient, suivant nous, être sujettes à critique. Mais, pour réfuter cette objection, l'arrêt fait aussitôt ressortir qu'aux yeux des porteurs eux-mêmes, l'amortissement

ainsi pratiqué impliquait une parfaite prudence, et la plus entière prévoyance au point de vue des intérêts bien compris de la société : nous avons admis alors la possibilité de créer des réserves extraordinaires, même au cas de silence des statuts ; l'arrêt vient donc corroborer notre théorie.

En second lieu, la Cour réfute l'argument des porteurs d'après lequel les bénéfices à eux non distribués étaient, pour eux, définitivement perdus, dans le silence des statuts qui ne leur accordaient aucun droit sur l'actif social. Les porteurs, on le sait, ont dans le silence des statuts, droit au solde de liquidation, qui représente encore des bénéfices distribuables à la dissolution ; or, dans l'espèce, ce solde s'augmente par suite de toutes les exagérations systématiques commises dans les évaluations de l'amortissement. Nous répétons, d'ailleurs, que cette considération ne suffit pas, par elle-même, à faire repousser l'action des porteurs.

DEUXIÈME ESPÈCE. — La deuxième espèce est relative à l'amortissement des emprunts faits par la Compagnie de Suez. Les porteurs de délégations soutenaient qu'il aurait dû être réparti sur la durée tout entière de la société (1) :

« En ce qui touche les amortissements des emprunts :

Attendu qu'aux termes de l'article 62 des statuts, tous les produits annuels de l'entreprise, et par conséquent, les revenus délégués par le Khédive, étaient grevés

1. Tribun. civ. de la Seine, 29 avril 1897, *Journ. des Soc*, 1897, 457.

d'un prélèvement destiné à payer, entre autres charges, l'intérêt et l'amortissement des emprunts qui pourraient être contractés par la compagnie ;

Que les délégataires reconnaissent qu'ils doivent supporter ce prélèvement, mais qu'ils soutiennent que les assemblées générales des actionnaires, qui ont été appelés à en déterminer la quotité, ont abusé de leur droit, et, par tout un ensemble de mesures arbitraires qui ont eu pour but et pour résultat de faire échec à la répartition normale des gains et de charger le présent en dégrevant l'avenir, les ont privés indûment d'une partie des dividendes auxquels leur contrat, loyalement appliqué, leur donnait le droit de prétendre ;

Attendu que leur action est recevable ;

Qu'en vain la compagnie soutiendrait-elle que les délégataires, n'ayant pas eu le droit d'assister aux assemblées générales, ne peuvent critiquer ces assemblées qui ont approuvé les bilans et fixé le chiffre des amortissements ;

Qu'on ne peut, en effet, juridiquement prétendre que les assemblées générales soient omnipotentes et que leurs décisions s'imposent aux délégataires, alors même qu'elles violeraient manifestement ou dénatureraient les dispositions du pacte social ; que les délégataires ont, sans doute, accepté que les amortissements soient réglés par les assemblées générales ; mais qu'ils n'y ont consenti, qu'à la condition, nécessairement sous-entendue et de bonne foi, comme dans tous les contrats, que la fixation ne serait faite que conformément aux stipulations du contrat, et aux usages de la matière, et qu'elle ne dissimulerait pas abusivement, sous couleur des

prélèvements autorisés, la constitution arbitraire de réserves anti-statutaires, n'ayant d'autre but que de soustraire des gains acquis et distribuables à la répartition normale des bénéfices.....

Mais, attendu qu'on ne saurait sérieusement prétendre que l'amortissement doit durer autant que la société elle-même ; qu'une telle règle est aussi contraire aux principes généraux de la matière qu'aux usages constamment pratiqués par la compagnie de Suez, et manifestés, dès avant l'émission des obligations, lors de l'emprunt de 1867 ; qu'une administration avisée et prudente devait, plus encore dans l'espèce qu'en toute autre, tenir compte des aléas de toute sorte qui pourraient se produire, aussi bien que du caractère même de l'œuvre vouée, par sa nature et par les progrès de la science, à d'incessantes transformations ; que, bien loin de chercher à prolonger la durée des amortissements, la compagnie a dû tendre à la restreindre dans toute la limite du possible, et qu'il n'y a pas eu d'excès à la fixer ainsi que cela a été fait. »

On le voit, la théorie établie par ces solutions de jurisprudence s'affirme constante : les assemblées générales ne sont pas omnipotentes, et le contrat passé entre la société et les porteurs doit être exécuté de bonne foi. C'est dans cette mesure seulement que l'on peut considérer les actionnaires comme représentant les porteurs privés du droit de vote. Mais, quand une décision est prise par l'assemblée générale dans l'intérêt de la société, sans qu'il y ait à l'égard des porteurs excès, abus, les porteurs doivent la respecter.

Nous avons ainsi déterminé quels prélèvements l'on a coutume d'opérer avant que les porteurs de parts puissent prétendre à la répartition d'une fraction des bénéfices, et aussi la façon dont chaque prélèvement doit être fixé dans son quantum. Il arrive souvent que les bénéfices distribuables ne sont pas attribués dans leur intégralité. Dans le but d'égaler les dividendes à toucher lors de chaque exercice, et aussi pour qu'une somme ronde soit payée à chaque actionnaire, la société reporte à l'exercice suivant une certaine somme prise sur les bénéfices : ce report est licite, mais à la condition d'être modéré, car il faut observer la règle : les prélèvements à opérer avant la vocation des porteurs à un dividende doivent être effectués en stricte conformité des statuts, sinon ceux-ci seraient violés par l'un des contractants, la société, au détriment de l'autre, les porteurs de parts.

En voici une application. Le 21 novembre 1892, le Tribunal de commerce de la Seine a statué ainsi (1) :

« Attendu que Lachèvre se présente porteur de 25 parts de fondateur du Comptoir national d'escompte, et qu'en cette qualité il réclame audit comptoir le paiement d'une somme de 15 fr. 19, représentant à raison de 0 fr. 608 par titre, la portion de bénéfices de l'exercice 1891 à laquelle il prétend avoir droit ;...

Attendu que, dans l'Assemblée générale des actionnaires du Comptoir d'escompte, qui s'est réunie le 28 mars 1892, à l'effet d'approuver les comptes et statuer sur la répartition des bénéfices de l'exercice 1891,

1. *Journ. des Soc.*, 1893, 429.

il a été résolu, sur la proposition du conseil d'administration, que, sur la somme de 2.235.591 fr. 60, balançant en bénéfices le compte de profits et pertes arrêté le 31 décembre 1891, il serait prélevé, d'abord 5 0/0, soit 107.669 fr. 80 en faveur de la réserve légale, puis, au profit des actionnaires, une somme de 2.000.000, représentant 5 0/0 du capital versé, et que le reliquat, soit 127.924 fr. 49 serait intégralement reporté au débit de l'exercice suivant, sans qu'aucune fraction en soit attribuée aux parts de fondateur ;

Attendu que, dans les termes où elle a été prise, cette résolution est contraire aux dispositions statutaires ; que, sans doute, il eût été loisible aux actionnaires d'opérer « avant toute distribution de bénéfices » le prélèvement de 127.924 fr. 49 pour la création d'un fonds de prévoyance, comme cela a été fait l'année précédente ; mais que, sur l'excédent déclaré disponible après attribution de 5 0/0 au capital versé, les actionnaires ne conservaient la libre disposition que de la fraction devant leur revenir et n'étaient pas maîtres d'affecter, comme ils l'ont fait, au profit des résultats généraux de l'exercice suivant, la fraction réservée aux parts de fondateur ;

Attendu que la société défenderesse oppose vainement à Lachèvre une fin de non-recevoir ; tirée de ce que les porteurs de parts de fondateur ne peuvent faire obstacle à l'exécution des délibérations des assemblées générales ; *que cette interdiction ne vise que les délibérations prises en conformité des statuts ; ce qui n'est pas le cas ; qu'il échet donc d'accueillir le principe de la demande. »*

Pour terminer l'étude du droit aux bénéfices accordé aux porteurs, supposons qu'il y ait distribution de dividendes fictifs. Les porteurs doivent-ils restituer ce qu'ils ont touché ? La loi est muette à leur égard. L'article 10 de la loi de 1867 dit seulement : « aucune répétition de dividendes ne peut être exercée contre les actionnaires, si ce n'est dans le cas où la distribution en aura été faite en l'absence de tout inventaire ou en dehors des résultats constatés par l'inventaire ». Nous estimons que les dispositions de cet article doivent s'appliquer aux porteurs. D'abord, nous l'avons dit, ce sont des actionnaires. De plus, ils ne prennent pas part aux assemblées générales ; ils ne sont donc pas responsables du vote des dividendes fictifs : ce sont toujours des actionnaires de bonne foi. Donc, en principe, les dividendes fictifs touchés par les porteurs ne pourront jamais être répétés contre eux.

II. — DROITS ACCESSOIRES

On trouve quelquefois dans les statuts une clause par laquelle les porteurs, en cas d'augmentation du capital social, ont le droit de souscrire au pair les nouvelles actions émises. Le nombre des actions qu'ils peuvent ainsi souscrire est fixé, par les statuts, en tenant compte du nombre de parts dont ils sont porteurs.

On a fait observer qu'il y avait là un bénéfice qui peut paraître exagéré, car les sociétés qui augmentent leur capital sont souvent des sociétés prospères, et par

suite le taux d'émission des actions nouvelles est d'habitude très supérieur à la valeur inscrite sur le titre. D'où pour les porteurs, qui touchent la différence, un bénéfice qui peut être considérable. Mais, comme c'est en vertu d'une clause formelle du pacte social que cet avantage leur est conféré, on ne saurait le critiquer. Peut être aussi, si l'on se contente de créer des actions d'intérêt, le taux d'émission se rapprochera-t-il assez du pair pour que l'avantage en question soit moins appréciable.

Parfois les statuts décident que les porteurs de parts auront droit à une certaine fraction de la prime. Moyennant le paiement de cette prime, les actionnaires nouveaux acquièrent un droit sur les réserves. Il est de toute équité que les porteurs de parts, en raison de ce qu'ils perdent ainsi, soient rémunérés.

M. Wahl a même soutenu qu'ils devraient avoir ce droit sur la prime, au cas de silence des statuts. Il est permis d'en douter, car les primes vont augmenter l'actif social, et, à la dissolution de la société, les porteurs peuvent faire valoir leurs droits sur le solde de liquidation.

CHAPITRE VII

LES PORTEURS EN PRÉSENCE DES MODIFICATIONS STATUTAIRES EN COURS DE SOCIÉTÉ

Les porteurs, on le sait, ne peuvent s'immiscer dans la gestion sociale. Il doivent, d'autre part, respecter les modifications que l'assemblée générale peut faire subir à la société. Encore cette obligation n'est-elle pas absolue ; elle ne s'impose aux porteurs que si les statuts autorisent expressément ces modifications, et, alors même, si elles nuisent aux droits des porteurs, doivent-elles être ordonnées, non seulement en dehors de toute idée de fraude, mais encore en dehors de toute idée d'abus à leur égard.

Nous allons passer successivement en revue les principales modifications statutaires qui peuvent intervenir au cours de la société, en examinant, à propos de chacune d'elles, la situation qui en résulte pour les porteurs.

SECTION I

Réduction du capital social

Lorsqu'une réduction du capital social est ordonnée, il ne semble pas que les porteurs aient grand intérêt à critiquer cette décision.

Souvent, en effet, les actionnaires réduisent le capital, parce que la société est en perte, et qu'il y a lieu de mettre en harmonie le chiffre du capital et la valeur réelle de l'actif social. Dans ce cas, le chiffre des bénéfices, tant actuels que futurs, distribuables aux porteurs, n'est pas modifié par la mesure ordonnant la réduction du capital social ; il aurait même, au contraire, plutôt tendance à augmenter, puisque les prélèvements que les porteurs doivent subir avant de toucher leur dividende sont moins considérables. Au lieu que, si l'on n'eût pas ordonné la réduction, il eût fallu mettre en réserve tous les bénéfices jusqu'à complète reconstitution du capital social, et les porteurs, pendant peut-être de nombreux exercices, n'eussent rien touché. Ce serait donc plutôt aux actionnaires dissidents à se plaindre de la réduction du capital. Une décision du tribunal de commerce de Marseille, en date du 1^{er} mars 1904 (*Journ. des Soc.*, 1905, p. 128), met en évidence ces considérations :

« Attendu que la réduction de capital ne doit porter aucune atteinte aux droits essentiels des intéressés,

actionnaires et porteurs de parts, soit à leurs rapports respectifs ;

Attendu qu'il n'est pas douteux que la réduction du capital social de 1.600.000 à 640.000 francs modifie la situation des actionnaires, et préjudicie gravement à leurs droits tels qu'ils résultent des statuts, à l'avantage des administrateurs et porteurs de parts de fondateur, et cela par le motif que la diminution du taux en capital des actions à rembourser pendant l'existence de la société, ou lors de sa liquidation, et du premier dividende de 6 0/0 à leur distribuer annuellement, diminue notablement les prélèvements à faire avant l'exercice des droits desdits administrateurs et porteurs de parts ; que la simple majorité de l'assemblée générale ne saurait imposer à la minorité la perte des droits assurés aux actionnaires par les statuts dans l'actif social et dans les bénéfices ;

Attendu que, pour maintenir aux actionnaires ces droits acquis, il appartient au tribunal de faire la restriction que l'assemblée générale aurait dû faire elle-même... ;

Dit et ordonne que cette réduction ne sortira son effet que tout autant que les droits attribués aux actionnaires par les statuts seront intégralement maintenus... »

Si la réduction votée, en dehors de cette hypothèse d'une perte subie par la société, avait pour effet de priver cette dernière des ressources nécessaires à son bon fonctionnement, les porteurs auraient droit de la critiquer, mais cette résolution manque de vraisemblance, puisque les actionnaires la prendraient à l'encontre de leurs intérêts propres.

SECTION II

Augmentation du capital social

Il est rare que les statuts ne soient pas explicites en ce qui concerne la possibilité de modifier le quantum du capital social. Quand ils se taisent, la doctrine tend à estimer que l'assemblée générale n'a pas le pouvoir d'ordonner une semblable augmentation (1). La jurisprudence décide plutôt en sens inverse (2).

Supposons que, conformément aux statuts, la société augmente son capital social dans le but d'étendre le cercle de ses opérations. Aux fins de préciser, nous admettrons que le capital social soit doublé, et que, une fois les divers prélèvements opérés, le droit des porteurs, en concours avec les actionnaires, soit, avant l'augmentation du capital, de 20 0/0. Quelle sera, après l'augmentation, la fraction de bénéfices à laquelle pourront prétendre les porteurs ?

Si, par exemple, le bénéfice annuel s'augmente de moitié, une fois, bien entendu, tous les prélèvements opérés, et si les porteurs, dont le nombre n'a pas varié, ont encore 20 0/0 de ces bénéfices, il est évident que leur titre leur rapportera moitié plus qu'autrefois, et qu'à ce gain correspondra, pour les actionnaires tant

1. Lyon-Caen et Renault, II, n° 867v.

2. Cassation, 30 mai 1892, S 92, 4. 561, ; *D. P.*, 93, I, 405.

anciens que nouveaux, une perte égale. Doit-on, dans ces conditions, réduire, et de moitié, la part des porteurs sur les bénéfices réalisés par la société dont le capital est doublé ?

Ecartons d'abord le cas où la situation nouvelle des porteurs aurait été prévue et réglée par les statuts. Ceux-ci, par exemple, auraient formellement stipulé qu'au cas d'augmentation, dans telle proportion, du capital social, le tant pour cent des porteurs serait réduit de telle fraction, ou au contraire serait conservé dans son intégralité. Quand il en est ainsi, on doit respecter la décision des statuts :

« Attendu (1) que, pour demander 0 fr. 608 par titre, Lachèvre prétend que la somme à partager entre les 60.000 parts de fondateur devrait être fixée à 36.458 fr. 45, c'est-à-dire à 30 0/0 du reliquat disponible ;

Attendu que cette prétention ne serait fondée que si le capital initial du Comptoir national d'escompte n'avait pas été augmenté, mais que le capital social a été porté de 40.000.000 à 80.000.000, et qu'une restriction a été apportée aux droits des parts de fondateur, en présence d'une augmentation du capital par l'article 41 des statuts, qui a stipulé qu'en pareille occurrence ces droits ne pourraient s'exercer que dans la proportion du capital social ; ce qui, dans l'espèce, réduit de 30 0/0 à 15 0/0 le quantum réservé aux parts de fondateur ;

1. Trib. de comm. de la Seine, 21 novembre 1892, *Journ. des Soc.*, 1893, 129.

Qu'il est constant que les statuts, qui forment le seul lien de droit existant entre les porteurs de parts, et la société défenderesse, telle qu'elle a été constituée ; sont formels et doivent recevoir leur application ;

Attendu que Lachèvre objecte que l'article 41 serait une clause potestative sans valeur, puisqu'elle permettrait aux actionnaires de réduire à leur gré, par suite d'augmentations successives du capital, l'importance des avantages concédés aux parts de fondateur ;

Mais, attendu que cette objection ne mériterait examen que s'il était démontré que le doublement du capital a eu lieu dans le but de *frustrer* les parts de fondateur ; ce qui n'est ni établi, ni même allégué ; que l'augmentation du capital n'a été réalisée que dans un but d'intérêt social, et que les porteurs de parts de fondateur doivent en accepter les conséquences prévues par les statuts ...;

Attendu qu'en conséquence, la quotité des bénéfices de l'année 1891 à laquelle les porteurs de parts peuvent prétendre doit être fixée à 15 0/0 seulement du reliquat disponible après les prélèvements opérés conformément aux statuts. »

Ecartons, en second lieu, le système d'après lequel l'assemblée générale, en votant l'augmentation du capital, fixerait elle-même, et à nouveau, la fraction de bénéfices accordée aux parts. Cette fixation, selon nous, serait inopérante, en tant que violant incontestablement le pacte social primitif.

Cela posé, et dans le silence des statuts en ce qui concerne l'établissement d'une nouvelle fraction pour les bénéfices, on peut concevoir deux solutions oppo-

sées : l'une d'après laquelle le tant pour cent des porteurs serait réduit en proportion de l'augmentation votée. Dans notre exemple, le capital social étant doublé, les porteurs de parts toucheraient non plus 20 mais 10 0/0 des bénéfices à eux destinés. L'autre, d'après laquelle la fraction à laquelle peuvent prétendre les porteurs resterait immuable.

A l'appui de ce second système, on peut dire que, si, au début, la société, en se réservant la faculté d'augmenter le capital social, avait voulu diminuer corrélativement la fraction de dividende des porteurs, elle l'eût déclaré explicitement : or, par hypothèse, elle ne l'a point fait.

Cependant la première opinion nous semble, et plus équitable, et plus juridique. Puisque la faculté d'augmenter le capital social est insérée dans les statuts, les porteurs de parts doivent s'attendre à une semblable augmentation, sans pouvoir prétendre à recueillir, au moins intégralement, le profit d'une opération qui leur est étrangère. Que nous réduisions leur dividende à 10 0/0, ils seront en perte, si le bénéfice à eux distribuable est inférieur au double des bénéfices antérieurs. Mais si ce bénéfice est supérieur au double, l'opération leur donnera une augmentation de profits, même en réduisant de moitié la part des bénéfices primitivement fixée. Il est donc juste qu'ils subissent les aléas d'une opération dont ils ont accepté l'éventualité, puisque celle-ci est écrite, nous le répétons, dans les statuts.

Quelquefois la société veut transformer les parts en actions de capital afin de s'en défaire ; c'est une sorte

de rachat déguisé. Que faut-il penser de cette opération qui a pour résultat d'augmenter fictivement, ou à peu près, le capital social, puisqu'à cette augmentation de capital le seul apport qui corresponde est celui que font de leurs parts les porteurs ? Il semble que la contre-partie soit d'une insuffisance notoire. Le capital social, en effet, sert de garantie aux tiers ! Or on le majore fictivement, mais sans augmenter la garantie.

Supposons que les statuts autorisent l'opération, en en réglementant les détails d'exécution. En ce cas, pourvu que cette opération n'ait pas pour but de tourner les dispositions impératives de la loi relativement aux actions (1) nous croyons, bien qu'il y ait sur ce point d'assez nombreuses divergences, que l'opération est licite.

Elle le serait en tous cas sans difficulté si un apporteur, ayant reçu, en échange de son apport, pour partie des actions d'apports, et pour partie des parts de fondateur, se voyait attribuer, conformément aux statuts, et en remplacement de ses parts, une certaine quantité d'actions nouvelles représentant exactement l'excédent de la valeur de son apport sur la valeur de ses actions d'apport.

Mais si les statuts sont muets, ou tout au moins n'indiquent pas explicitement aux tiers, dans quelles limites ils doivent tenir compte de l'opération éventuelle, nous ne croyons pas cette opération licite. De plus, les actionnaires anciens, dissidents, qui voient les porteurs con-

1. Il ne faut pas, par exemple, que la société émette systématiquement des parts divisées en fractions de valeur infime, pour les transformer ensuite en actions.

courir désormais avec eux, alors que jusque-là, ces porteurs restaient au second plan, peuvent attaquer, comme antistatutaire, la délibération de l'assemblée générale autorisant la création d'actions nouvelles, destinées à remplacer les parts.

Les solutions qui précèdent ont été consacrées par le Tribunal de commerce de la Seine (1) :

« Attendu que, s'il est vrai que les statuts de la société stipulent que le fonds social peut être augmenté ou réduit, il convient d'observer que lesdits statuts sont muets sur l'éventualité de l'apport des parts de fondateur à la société ; qu'il est constant que la délibération de l'assemblée générale qui a décidé cette opération non prévue par les statuts est nulle et doit être déclarée telle ;

Que, dans ces conditions, la société défenderesse invoquerait vainement la prétendue régularité de l'opération qui consiste dans la conversion de parts de fondateur en actions ; que, d'ailleurs, la doctrine produite paraît s'être spécialement préoccupée de la question de savoir si cette conversion peut être considérée comme légale, pour le cas où elle est prévue par les statuts ; qu'il n'en découle pas le droit pour une assemblée générale de décider cette conversion en dehors des prévisions des statuts, et hors l'assentiment de *tous* les actionnaires ;

Attendu qu'en outre ladite doctrine indique qu'on ne peut soutenir la légalité de la conversion de parts de fondateur en actions de capital que dans le cas où les

1. Trib. de comm. de la Seine, 10 juillet 1901, Gênois, *Revue trimest. des Soc.*, année 1901.

parts de fondateur ont été créées en représentation partielle de la valeur d'un apport en nature dont le surplus a été rémunéré par des actions et où les nouvelles actions créées à titre d'augmentation de capital en représentation de l'apport des parts, peuvent être considérées comme ayant comme contre-partie la valeur de l'apport en nature rémunéré originairement par les parts, le bilan, dans ce dernier cas, s'équilibrant, et les actions représentant un actif réel et équivalent ; que tel n'est pas le cas en l'espèce ;

Attendu qu'il échet de remarquer à ce propos, que le rapport établi par le commissaire chargé d'apprécier l'apport des fondateurs contient une inexactitude, puisqu'il mentionne que les parts de fondateur ont été attribuées à l'apporteur en représentation et pour prix de son apport, alors qu'aux termes de l'article 6 des statuts, lesdites parts ont été attribuées à l'apporteur non seulement en représentation et pour prix de son apport en nature, mais encore à raison de sa qualité de fondateur ; qu'il s'ensuit que les parts de fondateur n'ont pas servi seulement à rémunérer l'apporteur d'un apport constituant en son entier un actif réel et appréciable ; qu'à tous égards donc c'est à tort que l'assemblée générale du 26 avril 1900 a décidé l'apport des parts de fondateur en échange d'actions ; que cette délibération est nulle et qu'il échet de la déclarer telle. »

SECTION III

Du rachat des parts

La société, tout en ayant, au début, estimé utile la création de parts de fondateur, pour les motifs exposés plus haut, peut, à un moment donné, se trouver fort gênée, dans son fonctionnement, par l'existence de ces parts. Certes, la situation des porteurs est précaire ; la valeur de leur titre est aléatoire ; ils doivent s'incliner devant les décisions de l'assemblée générale prises sans fraude et sans abus, conformément aux statuts, quelque préjudice qu'il en doive résulter pour eux. Cependant, nous le répétons, ces parts peuvent devenir pour la société la cause de sérieux embarras. Les statuts, en effet, sont, il ne faut pas l'oublier, principalement l'œuvre des fondateurs. On y insère fréquemment des clauses destinées, au cas de modification statutaire, à sauvegarder, souvent même à rendre plus onéreux pour la société, les droits des porteurs. La faculté de rachat des parts, insérée dans les statuts, concilie tous les intérêts. Il nous faut distinguer ici trois hypothèses :

Première hypothèse

Les statuts ont décidé que le rachat pourrait être opéré, et ils en ont également établi les conditions. Il n'y a plus alors qu'à se conformer strictement à ces

règles statutaires. Par exemple, le prix sera fixé en multipliant par un certain nombre le revenu moyen de tant d'exercices écoulés ; ou bien encore ce prix sera une somme fixe déterminée par les statuts eux-mêmes, etc...

Le rachat est alors d'habitude opéré au moyen d'une réserve spéciale dont les statuts ont autorisé la formation, en réglementant les conditions auxquelles elle est possible. Les statuts pourraient même ordonner, à notre avis, que les parts seraient remboursées avec des sommes prises sur le capital social; cette dépense entraînerait une réduction du capital social *prévues par le pacte constitutif*. Cependant la question est controversée ; car l'on objecte qu'en procédant ainsi la société emploie son capital à atteindre un autre but que celui dont elle doit poursuivre la réalisation.

Supposons que l'on ait ainsi racheté un certain nombre de parts, et que d'autres ne l'aient pas encore été. Les bénéfices distribuables vont, en raison de la diminution du nombre des ayants droit, augmenter pendant l'exercice qui suivra le rachat partiel. Les porteurs non remboursés vont-ils profiter de cette augmentation de bénéfices ? Non, répondrons-nous, si le rachat est opéré au moyen du capital social. Non encore, s'il est effectué par le moyen d'une réserve prélevée uniquement sur les dividendes des actionnaires. Dans ces deux cas, on considérera fictivement les parts rachetées comme encore existantes, et on calculera sur ces bases quelles sommes doivent revenir aux parts non rachetées. L'affirmative s'impose au contraire si le fonds de réserve qui sert à opérer le rachat a été constitué au moyen de

sommes prélevées tant sur les dividendes des porteurs que sur ceux des actionnaires ; les porteurs ayant contribué aux charges de l'opération, il est de toute équité qu'ils en recueillent les avantages.

Deuxième hypothèse

Les statuts ont autorisé le rachat, sans en déterminer les conditions.

La création d'une réserve spéciale nous semble alors s'imposer, et les porteurs de parts ne sauraient élever contre elle de critique sans rendre impossible l'opération prévue aux statuts, et dont ils ont, par suite, accepté l'éventualité. En effet, le remboursement par le moyen du capital social lui-même nous paraît ici impossible, soit qu'on l'opère directement, soit qu'on convertisse les parts en obligations, car le capital social recevrait une autre destination que celle prévue aux statuts, puisqu'il ne réaliserait plus le but que la société se propose. Et encore, suivant nous, la réserve spéciale destinée à rembourser les porteurs ne devrait-elle être constituée qu'avec des prélèvements effectués sur les dividendes distribuables aux actionnaires proprement dits, et non sur ceux des porteurs : sinon ceux-ci se trouveraient partiellement remboursés avec leur propre argent, ce que l'on ne peut admettre.

Troisième hypothèse

Les statuts n'ont pas prévu l'éventualité d'un rachat.

Nous estimons que la société ne saurait alors, sans violer le pacte social, imposer aux titulaires des parts le rachat de leurs titres. La somme proposée comme prix de chaque part serait, d'ailleurs, manifestement arbitraire, puisque les porteurs ont droit à une quote-part du dividende pendant toute la durée de la société.

Néanmoins, au cas de silence des statuts, il arrive que les assemblées générales, pour effectuer l'opération du rachat des parts, votent la création d'une réserve spécialement affectée à cette destination, et, argumentant de ce que les porteurs ne doivent pas s'immiscer dans la gestion sociale, soutiennent qu'ils ne peuvent combattre cette résolution. La jurisprudence, et avec raison, n'admet pas ce raisonnement. L'arrêt de la Cour de Paris, du 8 juin 1901 (1), rendu à propos de l'affaire du Bimétal, est caractéristique en la matière :

« Considérant que la société du Bimétal, en instituant des parts de fondateur, a entendu se prémunir contre les difficultés que pourraient faire naître de simples intéressés aux bénéfices, ne courant aucun risque, enclins à sauvegarder le présent aux dépens de l'avenir ; qu'elle leur a interdit l'accès des assemblées générales, et toute immixtion dans les opérations sociales ;

Considérant que ladite compagnie, invoquant les clauses et les stipulations des statuts, prétend refuser aux porteurs de parts bénéficiaires toute action en nullité qui équivaldrait à un contrôle exercé sur la gestion et leur permettrait de critiquer les délibérations prises par les actionnaires dans la plénitude de leurs droits et

1. *Gaz. du Pal.*, 1901, II, 46.

rendues indispensables par la situation de la société ;

Considérant que R... et consorts réclament l'intégralité des 30 0/0 des bénéfices nets et distribuables que leur assurait le bilan au 31 décembre 1899 ; qu'ils poursuivent la nullité d'une résolution prescrivant la mise à une réserve spéciale, *en violation des statuts*, de sommes leur appartenant, pour améliorer, par voie de rachat des parts de fondateur, le sort du capital social, sur lequel ils n'auront aucun droit à faire valoir, pas plus pendant l'existence de la société que lors de sa dissolution ou de sa liquidation ; que par suite, elle a été, à bon droit, déclarée recevable par le jugement attaqué ; »

Cet arrêt contient donc des dispositions conformes aux solutions que nous avons admises en matière de constitution de réserves spéciales : celles-ci avons-nous dit, ne sont légitimes que si elles n'ont pas pour but, comme elles l'avaient dans l'espèce, de léser les droits des porteurs. Bien plus ! Cette réserve était organisée au moyen des bénéfices distribuables auxquels les porteurs avaient vocation. C'était les rembourser avec leur propre argent !

Aussi, le 8 décembre 1902 (1) la Cour de cassation a-t-elle, dans les termes suivants, confirmé la doctrine de la Cour de Paris :

« Attendu que, dans les sociétés par actions, dont les statuts ont créé des parts de fondateur attributives d'une participation aux bénéfices pendant la durée de l'ex-

1. *Gaz. du Pal.*, 1902, 1, 126 ; *D. P.*, 1903, 1, 43 ; *Journ. des Soc.*, 1903, 295.

ploitation, sans aucun droit ou du moins sans la même vocation que celle des actionnaires sur le capital qui ressortira de la liquidation finale, il en résulte entre les porteurs de ces titres et les actionnaires un lien contractuel en vertu duquel les assemblées générales, de quelque pouvoir qu'elles soient investies pour la gestion des affaires sociales, ne peuvent y faire rentrer une combinaison tendant à frustrer la première catégorie de ces intéressés au profit de la seconde, à moins que les mesures adoptées ne soient imposées par des circonstances dont il appartient aux tribunaux d'apprécier souverainement la gravité ;

Attendu que, dans l'espèce, les parts de fondateur, instituées au nombre de 5.900, avaient droit à 30 0/0 des bénéfices annuels de la société, après prélèvement de l'intérêt du montant des actions et de la réserve légale ; qu'à la vérité, dans le cas où l'assemblée générale jugerait utile de constituer des réserves spéciales, il lui était permis d'y affecter ces bénéfices dans une proportion qui n'avait été limitée par les statuts que pour les six premiers exercices ; mais que, par une interprétation souveraine du contrat, les juges du fond ont décidé que les réserves auxquelles contribueraient ainsi les porteurs de parts devaient avoir un but d'utilité commune entre eux et les actionnaires, c'est-à-dire tendre à soutenir et à développer l'industrie en vue d'en tirer des produits sur lesquels les uns et les autres seraient appelés à exercer leurs droits respectifs, et qu'il n'y avait pas lieu de reconnaître ce caractère à la création d'un fonds au moyen duquel la société se proposait de racheter les parts de fondateur, à la vérité de

gré à gré, mais en les obtenant à des prix d'autant plus modiques que ces titres seraient privés de leur revenu ;

Attendu qu'en annulant, dans ces circonstances, la délibération qui avait supprimé toute distribution des bénéfices réalisés en 1899, la Cour de Paris n'a violé ni les statuts, ni les dispositions légales visées par le pourvoi ;

Attendu qu'en condamnant la société demanderesse à verser à chacun des défendeurs éventuels sa quote-part des 90.000 francs dont la mise en réserve était déclarée non avenue, la Cour d'appel n'a nullement entrepris sur les droits des assemblées de ladite société... »

SECTION IV

Conversion des parts en actions de jouissance

Parfois l'on trouve dans les statuts cette clause, qu'après l'amortissement des actions de capital, c'est-à-dire leur transformation en actions de jouissance, les parts de fondateur elles aussi seront converties en actions de jouissance. La légalité de cette clause est très discutée, car on y voit un moyen facile de tourner les règles prohibitives de la loi de 1867 sur les actions : peu après la constitution de la société, on commencerait par amortir le capital, et les parts, désormais identifiées avec les actions amorties, prendraient dans la société

les mêmes caractères. La combinaison ci-dessus indiquée aurait donc pour effet de faire disparaître les deux différences qui séparent l'action de jouissance de la part de fondateur.

D'une part, en effet, si les actions de jouissance figurent, une fois les prélèvements effectués, parmi les titres qui viennent en concours avec les parts sur les bénéfices distribuables, elles ne concourent pas pour la même fraction. Ainsi, les actions de jouissance peuvent toucher 80 0/0 et les parts seulement 20. Après la transformation, les actions de jouissance et les parts, désormais confondues, viendraient également.

D'autre part, les actionnaires de jouissance conservent à l'assemblée générale le droit de vote qu'ils tenaient de leurs actions de capital, alors que les porteurs de parts, nous l'avons dit, n'ont pas ce droit de vote. Or la transformation le leur donnerait. C'est là, selon nous, une conséquence que l'on ne peut admettre, puisque nous estimons nulle la clause des statuts qui donne aux porteurs le droit de vote dans les assemblées générales.

Si donc il apparaissait que le but de la conversion était de tourner la loi (soit, par exemple, quant au taux minimum des actions, soit quant au droit de vote à l'assemblée générale), la clause qui l'autoriserait devrait être déclarée nulle.

En revanche, si l'amortissement des actions de capital, et leur transformation en actions de jouissance qui en est la conséquence, s'opèrent à une époque où la société possède encore, après la conversion, un actif assez considérable pour lui permettre de continuer ses

opérations, sa prospérité étant établie, la fraude à la loi de 1867 n'est pas à craindre. On n'a donc pas voulu la commettre. Par suite, il semble que l'on devrait admettre la validité de la clause statutaire, qui, *dans ces conditions*, autorise la conversion des parts en actions de jouissance.

SECTION V

Prorogation de la société

Supposons que, conformément aux statuts, l'existence de la société soit prolongée, par décision de l'assemblée générale, au delà de l'époque que l'on avait primitivement fixée pour sa dissolution. Que vont alors devenir les droits des porteurs ?

Il y a deux solutions. On peut d'abord décider que les porteurs toucheront leur part dans les bénéfices seulement durant le nombre d'années que devait encore durer la société avant le vote de la prorogation. Ils n'avaient droit aux bénéfices annuels que pendant la période primitivement fixée ; celle-ci terminée, leurs droits sont éteints (1).

L'opinion contraire, que le droit des porteurs s'augmente de toute la durée de la prorogation, nous semble préférable. Les porteurs, en effet, pouvaient escompter une prorogation dont les statuts prévoyaient l'éventua-

1. Paris, 4 juillet 1886, *Journ. des Soc.*, 1887, 269.

lité. Ils sont d'ailleurs exposés au risque d'une dissolution anticipée dont ils ne peuvent pas toujours argumenter pour obtenir une indemnité. Il paraît donc juste de les faire profiter d'une prolongation d'existence de la société, comme ils auraient subi les conséquences d'une abréviation. Enfin nous reconnaissons aux porteurs un droit sur le solde de liquidation. Comment en fixer le quantum, s'il fallait, fictivement, arrêter la marche de la société alors en plein fonctionnement, et procéder à une liquidation apparente, dont les éléments donneraient naissance à des contestations de tous genres ?

CHAPITRE VIII

LES PORTEURS A LA DISSOLUTION DE LA SOCIÉTÉ

SECTION I

Dissolution normale

Lorsque la société se dissout normalement, les porteurs, après le remboursement des créanciers et l'amortissement des actions proprement dites, ont, ainsi que nous l'avons dit, sur le solde de liquidation un droit que, d'ailleurs, très généralement, les statuts leur accordent d'une manière expresse (1). Evidemment les statuts pourraient refuser ce droit aux porteurs. Mais il en est rarement ainsi.

Ce serait, d'abord, contraire à l'équité. Au cours de la société, en effet, on met annuellement une part des bénéfices en réserve, soit pour obéir aux prescriptions légales, soit pour faire face à des difficultés imprévues.

1. Trib. de comm. de la Seine, 27 juillet 1892, *Rev. des Soc.*, 1893, 40.

En sorte que, peu à peu, le capital social s'accroît ; et, par suite, les droits des titulaires de parts doivent se reporter sur ces augmentations, qui sont des accumulations bénéficiaires. D'ailleurs, cette clause des statuts refusant aux porteurs de venir sur le solde de liquidation, serait, pendant toute la durée de la société, une cause de difficultés considérables.

Si, en effet, les titulaires de parts peuvent compter sur le solde, ils seront moins portés à critiquer les décisions de l'assemblée générale quand celle-ci met en réserve une fraction quelconque des bénéfices, puisqu'ils la retrouveront sans doute plus tard.

Mais s'ils doivent, au contraire, d'après les statuts, abandonner tout droit sur le solde de liquidation, et se contenter exclusivement de ce qui, à titre de dividende, leur est annuellement distribué, il est évident qu'ils chercheront par tous moyens à empêcher que la moindre somme soit distraite des bénéfices annuels, et qu'ils seront enclins à critiquer toute décision prise en ce sens par l'assemblée générale. Aussi, lorsque les statuts refusent aux porteurs tout droit sur le solde de liquidation, est-il juridique que ces mêmes statuts n'autorisent de prélèvements exceptionnels, pour former un fonds spécial de prévoyance, que sur la part de bénéfices devant revenir aux actionnaires proprement dits.

Nous en concluons, qu'au cas où les statuts ne trancheraient pas, par une disposition expresse, la question de savoir si les porteurs doivent venir sur le solde de liquidation, il faudrait la résoudre par l'affirmative. Les titulaires de parts feraient valoir sur le solde un droit

égal à celui qu'ils pouvaient invoquer, au cours de la société, sur les bénéfices distribués annuellement.

Normalement les porteurs n'ont de droit que sur le solde de liquidation. Les statuts pourraient-ils de plus contenir une clause stipulant formellement que les porteurs viendront sur l'actif social, en concurrence avec les actionnaires, sans que ceux-ci aient prélevé leurs mises ? La question est controversée.

Plusieurs auteurs soutiennent la négative. Cette clause, disent-ils, est nulle, car elle tend à produire entre l'action et la part de fondateur une confusion dont le principal résultat est de violer la loi sur les sociétés. Supposez, disent-ils, que les statuts créent des parts, cessibles *ab initio* contre espèces, donnant droit sur l'actif social, et l'on se trouvera en face d'une action déguisée sous le nom de part de fondateur, avec ceci de particulièrement grave qu'on aura tourné les règles protectrices qui, en la matière des actions, dominent la législation des sociétés : il y a là un vice qui doit entraîner la nullité de la clause en question.

Nous ne croyons pas cette opinion fondée. Nous estimons au contraire que, à la condition d'écarter toute fraude, et en l'absence de toute disposition prohibitive édictée par le législateur, la clause est licite.

C'est seulement, en effet, vis-à-vis des tiers et dans leur intérêt, que la loi édicte les règles spéciales relatives à la composition du capital social. Entre actionnaires et porteurs, au contraire, on peut y déroger par des conventions uniquement régies par le principe de l'article 1134 du Code civil.

A ceux qui soutiennent que l'on arrive ainsi à confondre la part et l'action ordinaire, nous répondrons que, pendant toute la durée de la société, seule l'action ordinaire a une valeur chiffrée, et qu'elle a seule la direction des affaires sociales, puisque seuls les actionnaires proprement dits votent aux assemblées générales.

D'ailleurs il n'est pas certain que les porteurs seront ainsi plus favorisés que s'ils n'avaient eu droit qu'à un dividende annuel normal. Les statuts peuvent en effet fixer un très minime dividende annuel au profit des parts, et y ajouter un droit très faible sur l'actif social, droit que les porteurs exerceront, il est vrai, concurremment avec les actionnaires proprement dits, mais pour un quantum très inférieur.

Le système qui part du principe que la part est une simple créance critique notre solution en remarquant qu'on arriverait ainsi à transformer le porteur en un véritable associé ; mais, comme nous lui reconnaissons cette qualité, l'objection ne saurait nous arrêter.

SECTION II

Dissolution anticipée

La dissolution anticipée de la société est le plus souvent contraire aux intérêts des porteurs de parts. Ils assistent à la ruine des espérances qu'ils avaient mises

dans l'avenir de la société. Ils ne toucheront plus de bénéfices pendant tout le temps qui précédera l'époque que l'on avait fixée pour la dissolution normale. Nous avons dit, il est vrai, qu'à moins d'une clause contraire des statuts, ils viennent sur le solde de liquidation ; mais ils ne trouveront là que fort rarement une compensation suffisante. Il en résulte que la décision ordonnant la dissolution anticipée, est celle qui, dans le groupe des porteurs, est admise le moins aisément, et donne naissance aux contestations les plus fréquentes.

La dissolution anticipée peut avoir lieu soit purement et simplement, soit dans le but de fondre la société dissoute avec une autre société, ou encore de céder à une autre société l'actif de la société dissoute.

I. — RÈGLES GÉNÉRALES

Si les statuts énumèrent limitativement les causes de dissolution anticipée, la dissolution sera à l'abri des critiques des porteurs lorsqu'on se trouvera dans un cas prévu aux statuts. En pratique, il est rare de voir cette hypothèse se réaliser.

D'habitude les statuts contiennent une clause générale donnant aux actionnaires le pouvoir de voter la dissolution anticipée. Comme toutes les autres clauses du pacte social, cette faculté doit être, vis-à-vis des porteurs, exercée avec loyauté.

« Si, dit M. Chavegrin (S. 89. 1. 417), le vote a mis fin à une société qui ne faisait plus de bénéfices, et qui

n'en pouvait plus faire, les porteurs de parts n'auront aucune réclamation à former, et, on conçoit que, presque toujours, les choses iront ainsi : rarement les actionnaires renoncent par une dissolution prématurée à des gains qui ont quelque chance de se produire. »

Cependant, il n'en est pas toujours ainsi ; les actionnaires prononcent assez fréquemment la dissolution anticipée pour constituer une société nouvelle, dont les anciens porteurs seront bannis ; ou encore, mais plus rarement, parce qu'il est à leur convenance de dissoudre purement et simplement, non que la société soit en péril, mais parce qu'ils ne trouvent pas à céder leurs titres.

Recherchons donc, d'une manière générale, et sans nous occuper actuellement de savoir ce que deviendra la société dissoute, dans quels cas l'action des porteurs contre la société sera fondée du chef de la dissolution anticipée. La jurisprudence a été d'abord assez indécise. Elle s'est au début montrée peu favorable aux porteurs en ce sens qu'elle a admis la légitimité de leur action seulement au cas où la dissolution aurait été votée pour faire *fraude* à leurs droits. Citons en ce sens l'arrêt de la Cour de Paris du 16 janvier 1886 (1) :

« Considérant, en droit, qu'une société, qui a constitué, par ses statuts, des parts de fondateur, appelées à participer aux bénéfices sociaux dans certaines conditions déterminées, ne peut sans contredit mettre à néant

1. *Gaz. du Palais.*, 86, I, 311.

par une dissolution arbitraire les avantages qu'elle a ainsi concédés, mais qu'il ne résulte pas de là qu'elle soit condamnée à prolonger son existence, quoi qu'il advienne, pendant tout le temps fixé aux statuts ; que la dissolution des sociétés à terme peut, suivant l'article 1871 du Code civil, être demandée, avant le terme convenu, quand il y a de justes motifs ; que la constitution des parts de fondateur ne change pas la nature du lien social ; que le contrat de société n'en reste pas moins régi par les dispositions de loi qui lui sont propres ; que ceux qui ont reçu des parts à un titre quelconque n'ont pu se méprendre sur le caractère aléatoire d'une pareille valeur ; qu'ils ont volontairement suivi la fortune de la société, et *qu'ils ne peuvent être fondés à se plaindre d'une dissolution anticipée, qu'au cas où cette dissolution aurait eu lieu en fraude de leurs droits.* »

La Cour de Cassation a confirmé l'arrêt : (1)

« Attendu que les demandeurs en cassation, porteurs de parts de fondateur, donnant droit, d'après les statuts, à une certaine portion des bénéfices à réaliser, ont prétendu que la dissolution dont il s'agit leur avait causé un préjudice, en anéantissant les droits qu'ils tenaient des statuts, et ont demandé, en conséquence, des dommages-intérêts à donner par état ;

Attendu que, pour repousser cette demande, l'arrêt attaqué s'est fondé, d'une part, sur ce que la dissolution avait été prononcée par l'assemblée générale sur

1. Cass., 29 février 1888, *Gaz. du Palais*, 88, I, 428; S. 89, I, 417.

de justes et légitimes motifs, et d'autre part sur ce que la mesure dont il s'agit n'avait pas été prise en fraude des droits des demandeurs, et ne leur avait porté par le fait aucun préjudice » (1).

D'ailleurs, l'on entrevoit déjà, dans les décisions précédentes, le véritable principe dont s'inspirera la jurisprudence ultérieure, principe se rapprochant de l'idée fondamentale que la dissolution anticipée, même autorisée des statuts, peut néanmoins constituer une violation du pacte social, s'il n'est pas observé avec loyauté vis-à-vis des porteurs : ceux-ci triompheront dans leur action, lorsque la dissolution, intervenant avant le terme convenu pour la durée de la société, n'aura pas été décidée sur de « justes motifs » (2), ainsi que le dit l'article 1871, du Code civil.

Que faut-il entendre ici par « justes motifs de dissolution ? » Il y a, tout d'abord, de justes motifs tirés de la loi elle-même : par exemple, aux termes de l'article 37 de la loi du 24 juillet 1867, si le capital social est diminué au moins des trois quarts. Quant aux justes motifs qui proviennent des circonstances où se produit la dissolution, abstraction faite du dol, les tribunaux apprécieront en fait :

« Attendu », a dit la Cour de cassation, le 24 mars 1903 (*Journ. des Soc.*, 1903, p. 545), « que si, dans les sociétés ont été instituées des parts de fondateur, il ne

1. La fraude se produirait, par exemple, dans l'hypothèse où, pour se débarrasser de l'obligation de payer un dividende aux parts, la société voterait sa dissolution anticipée, et se reconstituerait aussitôt après sur des bases analogues.

2. Lyon-Caen et Renault, II, 906 *bis*.

dépend pas de la seule volonté des actionnaires de supprimer ces parts au moyen d'une dissolution anticipée, ou d'une transformation de la personne morale à laquelle les porteurs des titres dont s'agit sont unis par un lien contractuel ; les tribunaux sont investis d'un *pouvoir souverain* pour mesurer la gravité des circonstances propres à légitimer les décisions prises en ce sens par les assemblées générales des sociétés vouées à une ruine imminente si elles avaient persisté dans leur exploitation ».

Si donc les motifs de la dissolution anticipée paraissent aux tribunaux suffisamment justifiés, les porteurs n'auront pas droit à une indemnité. Quand la dissolution, au contraire, est insuffisamment motivée aux yeux des juges, la responsabilité de la société vis-à-vis des porteurs sera proclamée par eux. Les tribunaux (1) ont souvent ainsi décidé que la société ne peut mettre à néant, par une dissolution anticipée *arbitraire*, les avantages qu'elle a ainsi concédés.

Récemment la même solution a été donnée par le Tribunal de commerce de Marseille, le 4 août 1905 (2) :

« Attendu que les statuts d'une société par actions, instituant des parts de fondateur auxquelles est attribuée une quotité dans les bénéfices, établissent entre les porteurs de ces parts et les actionnaires un lien contractuel à raison duquel l'assemblée générale, *quoique maîtresse de voter une dissolution anticipée*, ne peut

1. Trib. de comm. de la Seine, 10 mars 1890, *Journ. des Soc.*, 1890, 520, et 1^{er} septembre 1897, *Journ. du Trib. de comm.*, 1899, 119 ; Cassation, 15 juin 1898, *Gaz. du Pal.*, 98, 2, 63.

2. *Journ. des Soc.*, 1907, p. 455.

le faire sans engager la responsabilité sociale envers les porteurs de parts, à moins que cette dissolution n'ait été imposée par des raisons légitimes et suffisamment justifiées ; qu'on ne saurait admettre qu'une société puisse réduire à néant, par une dissolution arbitraire, les avantages concédés aux parts de fondateur, soit en représentation d'apports qui n'étaient pas susceptibles d'évaluation en argent, soit en rémunération de services rendus à l'occasion de la constitution de la société ; que le droit des porteurs de parts, quoique aléatoire et dépendant de l'éventualité de bénéfices incertains, limite, par le fait même de son existence, l'application du droit de dissolution et en restreint l'exercice aux seuls cas où la dissolution s'imposerait par le fait des affaires sociales ; qu'en d'autres termes les actionnaires ne peuvent pas se laisser guider par leur intérêt ou leurs convenances personnelles, et sacrifier les droits des porteurs de parts, sans ouvrir au profit de ces derniers une action en dommages-intérêts. »

II. — DISSOLUTION ANTICIPÉE EN VUE DE RÉALISER UNE FUSION

C'est surtout au cas de fusion que la dissolution anticipée présente, pour les porteurs, un intérêt considérable.

Si, en effet, la société se dissout définitivement, sans se fondre avec ou dans une autre société, si elle décide purement et simplement, avant le terme fixé, de ne

plus continuer les opérations sociales, c'est en général qu'il faut renoncer à l'espoir de voir la société prospérer, et alors les chances de rémunération des parts sont, d'ores et déjà, à peu près certainement évanouies. Leurs critiques seraient presque toujours vaines, faute d'intérêt.

Il en est tout autrement au cas de fusion, car la société qui se dissout en vue de la fusion peut être en pleine prospérité. D'où l'intérêt des porteurs à critiquer l'opération.

Rappelons qu'en cas de fusion proprement dite, les deux sociétés se déclarent dissoutes, et sont remplacées par une société nouvelle que constitue la réunion des deux autres. En cas de cession d'actif, une seule des deux sociétés se déclare dissoute, et dans les conditions fixées par elle, le liquidateur cède l'actif à la société survivante, qui, en réalité, absorbe la première. Dans les deux cas qui précèdent, et que l'on peut confondre sous la dénomination commune de fusion, que vont devenir les droits des porteurs ?

D'abord, en ce qui concerne l'exercice de l'action, leur droit est certain :

« Considérant que, lorsque les actionnaires ont, comme dans l'espèce actuelle, par une décision prise en assemblée, supprimé d'une façon définitive les droits des porteurs de parts à prendre part à la distribution des bénéfices si l'entreprise en produit, ces derniers ont bien le droit de les appeler devant les tribunaux pour leur en demander compte, et de prouver qu'en agissant comme ils l'ont fait, ils ont commis une faute qui

leur a causé un préjudice à eux porteurs de parts, et de leur en demander la réparation » (1).

Mais dans quels cas l'action des porteurs, valablement intentée, réussira-t-elle ? Distinguons.

A. — IL N'EST PAS QUESTION DE FUSION DANS LES STATUTS

Théoriquement, dans ce cas d'ailleurs peu fréquent en pratique, la fusion est impossible, puisqu'elle constituerait, à l'égard des porteurs, une violation du pacte social. En réalité, elle sera au contraire à l'abri de leurs critiques, si elle est indispensable au salut de la société, ou si elle profite tant aux porteurs qu'aux actionnaires proprement dits. On écarterait alors l'action des porteurs en vertu du principe : point d'intérêt, point d'action.

B. — LES STATUTS AUTORISENT EXPRESSÉMENT LA FUSION

D'après un premier système, la fusion est toujours possible, mais avec une restriction : les porteurs doivent recevoir alors, en compensation, des avantages équivalents à ceux qu'ils avaient dans la société dissoute.

Dans une autre opinion, la fusion, même autorisée

1. Lyon, 21 novembre 1903, *Journ. des Soc.*, 1904, p. 421.

Blanchet

par les statuts, ne peut être votée qu'au cas de nécessité : en autorisant la fusion, les statuts se contenteraient de signifier que les porteurs doivent, *seulement en cas de nécessité*, accepter la situation qui leur est ainsi faite. Il convient d'ailleurs d'observer, qu'en l'absence de nécessité, s'ils reçoivent d'autre part des avantages équivalents, les porteurs n'ont pas d'intérêt à critiquer la fusion.

Mais il arrive que la fusion, consentie sans nécessité, sacrifie les droits des porteurs. Ceux-ci agiront alors contre la société qui, en se dissolvant prématurément, leur a causé un préjudice illicite. Nous citerons, à titre d'exemples, deux espèces intéressantes.

1^o Fondée pour trente ans en 1870, la Banque Franco-Egyptienne décida, en 1889, sa fusion avec la Banque de Paris et des Pays-Bas. Les droits des porteurs étaient sacrifiés ; ceux-ci réclamèrent (1) :

« Considérant qu'en face du droit des actionnaires se place celui des fondateurs auxquels les statuts réservaient une part déterminée dans les bénéfices de la société ;

Que ce droit, bien qu'aléatoire puisqu'il était lié au sort de la société et à l'éventualité de bénéfices incertains, limitait, dans la mesure de son existence même, l'application du droit de dissolution dont l'usage, *en l'absence de dispositions spéciales*, n'était légitime que s'il était nécessaire ;

Que cette nécessité ne résulte dans la cause, ni des événements politiques, qui ont pu modifier le champ

1. Cour de Paris, 17 juin 1894, *D. P.*, 93, I, 565.

d'activité en Belgique, sans lui enlever tout moyen d'action soit en Egypte, soit ailleurs ; ni des vicissitudes subies par le chiffre des affaires de la Banque ou de ses bénéfices qui lui laissaient encore une situation prospère en présence de réserves qui assuraient son existence commerciale ;

Considérant que les avantages résultant de la transformation de société par les actionnaires, qui les ont stipulés à leur profit n'équivalaient pas à la nécessité impérieuse qui s'imposerait à tous aux termes de la loi et du contrat ;

Que cette transformation, dans les circonstances où elle a été décidée, constitue un abus du droit des actionnaires, par cela seul qu'elle a sacrifié sans nécessité le droit des porteurs de parts ;

Qu'il en résulte pour ceux-ci un dommage qui ouvre à leur profit une action en dommages-intérêts dans les termes de l'article 1382 du Code civil ;

Qu'à tort on prétendrait qu'en raison du caractère aléatoire des droits des porteurs de parts, le préjudice dont ils se plaignent ne serait ni actuel ni certain ;

Que ce préjudice ne consiste pas dans la privation d'une somme ou d'un émolument, mais dans la privation d'un droit qui, bien qu'aléatoire, représente une valeur certaine par l'existence même de cet aléa, auquel des chances de bénéfices sont attachées ;

Qu'il s'agit d'en déterminer la valeur au moment où, par le fait de la dissolution qui a fait disparaître la base même sur laquelle il pouvait s'exercer, les porteurs de parts ont été privés ;

Que cette valeur peut s'établir par la moyenne des

parts touchées pendant les dix-sept années qui se sont écoulées depuis la fondation de la société jusqu'à sa dissolution ;

Que cette moyenne doit être réduite toutefois à raison des chances variables des affaires de la société... »

Le 4 juillet 1893 (1), la Cour de cassation confirma cet arrêt, en subordonnant le droit de prononcer la dissolution anticipée à l'existence de « conditions légitimes et suffisamment justifiées » :

« Attendu que, lorsque les statuts d'une société anonyme contiennent la constitution de parts de fondateur auxquelles est attribuée une fraction des bénéfices réalisés, et, en même temps *la faculté de dissolution anticipée de la société* à l'existence de laquelle sont liés les droits des fondateurs, il appartient aux tribunaux d'examiner si, au regard des porteurs de parts, il a été fait usage de la faculté de dissolution dans des conditions légitimes et suffisamment justifiées... »

Remarquons que dans l'espèce précédente les porteurs obtiennent gain de cause pour la seule raison que la dissolution anticipée, votée sans nécessité, cause préjudice aux porteurs ; il n'est pas nécessaire qu'elle soit entachée de dol à leur égard. D'ailleurs, la jurisprudence est aujourd'hui constante sur ce sujet.

2^o *Société des téléphones de Madrid*. — Citons dans le même sens l'arrêt de la Cour suprême du 13 juin 1898 (*Gaz. du Pal.*, 98, II, 63). La dissolution anticipée avait, en l'espèce, pour motif de céder l'actif d'une société à une autre :

1. *D. P.*, 1893, I, 566.

« Attendu que les statuts de la société demanderesse en cassation, instituant des parts de fondateur, auxquelles était attribuée, après certains prélèvements, la moitié des bénéfices, ont établi, entre les porteurs de ces parts et les actionnaires, un lien contractuel, à raison duquel l'assemblée générale de ceux-ci, *tout en étant maîtresse de voter une dissolution anticipée*, n'a pu le faire sans engager la responsabilité sociale envers lesdits porteurs de parts, à moins que cette résolution ne lui fût imposée par des circonstances dont il appartenait aux juges du fond d'apprécier souverainement le caractère de gravité.

Attendu que l'arrêt attaqué constate que, dans l'espèce, les difficultés traversées par la société n'étaient pas de nature à justifier une dissolution anticipée, par suite de laquelle les droits des porteurs de parts se trouvent avoir été sacrifiés à des *simples convenances* des actionnaires ; qu'en accueillant, dans cet état de faits, l'action en dommages-intérêts desdits porteurs, la Cour de Paris, dont la décision est suffisamment motivée, n'a violé aucune loi ».

III. — ÉTENDUE DES DROITS DES PORTEURS

Dans les exemples qui précèdent, nous voyons toujours la jurisprudence, quand elle estime fondée l'action des porteurs, accorder à ceux-ci des dommages-intérêts, au lieu d'annuler la délibération de l'assemblée géné-

rale décidant la dissolution anticipée, et d'ordonner la continuation des opérations sociales.

Si, ainsi que l'ont fait beaucoup de décisions mentionnées au cours de notre travail, on considère le porteur comme un simple créancier éventuel de dividendes, il semble que l'annulation de la délibération portant dissolution anticipée eût été la véritable sanction que les tribunaux eussent dû prononcer au profit des porteurs : « Une promesse, dit très exactement M. Thaller (1), ne doit se résoudre en dommages-intérêts que si son exécution en nature ne peut plus être exigée par les intéressés. Le créancier a le droit de demander que ce qui aurait été fait contrairement à l'engagement soit détruit ; il peut se faire autoriser à le détruire aux dépens du débiteur (article 1143, Code civil) ». Pour nous, qui avons admis (ainsi, d'ailleurs que M. Thaller) que le porteur est non seulement un créancier, mais encore un actionnaire, nous pouvons ajouter, à ce raisonnement, la considération, tirée de l'article 1871 du Code civil, que la société créée pour une durée déterminée ne peut se dissoudre prématurément que pour de justes motifs. Par suite, en l'absence des justes motifs, la société devrait continuer à exister.

Essayons pourtant de justifier la pratique jurisprudentielle d'allocation de dommages-intérêts aux porteurs dont les droits sont violés sans nécessité, au lieu de prononcer la nullité de la délibération.

Il se peut d'abord, comme au cas de fusion, que la société, après s'être dissoute par anticipation, alors que,

1. Note *D. P.*, 1899, I, 553.

d'une part, elle y est autorisée par les statuts, mais qu'elle viole, d'autre part, les droits des porteurs, ait contracté avec une autre société, à laquelle il n'est pas possible de faire supporter la faute commise vis-à-vis des porteurs. On ne saurait évidemment résoudre alors cette antinomie : la société primitive survivant à la dissolution par rapport aux porteurs de parts, tout en étant englobée dans le fonctionnement d'une autre société. En l'occurrence, la condamnation de la société dissoute à payer aux porteurs des dommages-intérêts, telle est la solution qui s'impose.

Il n'en est pas de même au cas où la dissolution anticipée a lieu par la simple convenance des actionnaires, purement et simplement, sans fusion ultérieure, sans cession de l'actif social à une autre société, et où la société dissoute procède elle-même à sa liquidation. Les raisons exposées ci-dessus n'existant plus alors, rien ne semble s'opposer à ce que la continuation de la société soit la sanction accordée aux porteurs par les tribunaux. Et cependant ceux-ci se contentent encore de condamner la société indûment dissoute à payer aux porteurs des dommages-intérêts. Néanmoins, même ici, nous approuvons la solution de la jurisprudence. Rappelons-nous tout d'abord, en effet, que dans notre hypothèse, il est rare que la société dissoute soit prospère, ce qui diminue de beaucoup l'intérêt pratique de la question. Du reste, en supposant même que l'absence de bénéfices sérieux ne soit pas la véritable cause de la dissolution, on peut dire qu'on ne conçoit pas comme devant donner des résultats bien féconds le fonctionnement d'une société qui continuerait à exister contre sa

propre volonté ; elle se survivrait à elle-même, atteinte dans son crédit par la publicité donnée à la tentative de dissolution. Les porteurs eux-mêmes, dans ces conditions, ne sauraient attendre d'une semblable gestion sociale des avantages appréciables. Un droit à des dommages-intérêts, avec maintien de la dissolution anticipée, sera souvent, pour eux, plus rémunérateur.

On voit donc que, dans tous les cas, la continuation de la société prématurément dissoute n'étant plus, *pratiquement*, possible, c'est à juste titre que la jurisprudence alloue aux porteurs des dommages-intérêts, en compensation du préjudice qu'ils subissent.

Mais, en supposant que des dommages-intérêts soient dus aux porteurs en raison de la dissolution anticipée, comment en fixer le quantum ? « Cela n'est évidemment pas facile. remarque très justement M. Wahl (*Journ. des Soc.*, 1897, p. 246), car le préjudice causé aux porteurs dépend de la part de bénéfices qui leur aurait été attribuée dans les exercices ultérieurs, et cette part est subordonnée aux résultats, impossibles à prévoir, de l'exploitation ». La jurisprudence a parfois admis que, pour fixer l'indemnité à allouer aux porteurs de parts, il fallait prendre en considération la moyenne de ce que les porteurs avaient touché depuis la constitution de la société, en en déduisant, vu les circonstances, une certaine somme qui représentât, pour l'avenir, l'aléa (1). Cette façon d'opérer nous semble donner matière à la critique, surtout en raison de cette dernière

1. Paris, 17 juin 1894, *Journ. du Pal.*, 1893, I, 373 — arrêt antérieurement cité.

dédution, évidemment arbitraire et, selon toute vraisemblance, peu équitable, la société se trouvant souvent, dans l'espèce, en situation de réaliser des bénéfices de plus en plus et d'autant plus considérables, que l'on est sorti de la période constitutive. La solution préconisée par M. Wahl nous semble donc préférable : « Peut être serait-il plus juste, et en même temps plus simple, de prendre pour base le prix de vente courant (la cote de la Bourse, s'il y en a une) des parts de fondateur dans la période immédiatement antérieure à la dissolution ; ce prix représente la somme que le porteur aurait obtenu en négociant son titre, et ne s'éloigne guère des profits que la continuation de l'exploitation aurait sans doute procurés au porteur ».

Le porteur qui a obtenu des dommages-intérêts a-t-il de plus un droit sur le solde de liquidation ? On l'a nié en se fondant sur ce qu'il approuvait implicitement par l'acceptation de dommages-intérêts le vote de l'assemblée générale ordonnant la dissolution anticipée. Nous croyons plus juste de reconnaître son droit au solde, car les dommages-intérêts représentent seulement les sommes qu'il eût touchées au cas où la société n'eût pas indûment et prématurément été dissoute. Son droit au solde reste par conséquent entier : « Considérant, a dit en ce sens la Cour de Paris le 20 juillet 1898 (*Journ. des Soc.*, 1899, 158), que l'assemblée générale des actionnaires, en votant la dissolution anticipée pour les causes et dans les conditions énoncées au jugement frappé d'appel, a annihilé l'éventualité pour les porteurs de bons d'une participation dans les bénéfices sociaux, et

n'a pris aucune mesure pour sauvegarder les droits qu'ils tenaient des statuts ; que c'est donc à bon droit que Goudchaux et C^{ie}, porteurs de 5.817 bons de dividende, étaient fondés, *d'une part à réclamer des dommages-intérêts et d'autre part à se présenter à la liquidation* de la société Havre-Paris-Lyon pour y faire valoir leur droits, au cas où il resterait des fonds disponibles après le paiement des créanciers, et le remboursement intégral des actions, conformément aux statuts. »

Signalons, en terminant, une hypothèse particulière. Il peut se faire que les statuts autorisent, d'une part, la dissolution anticipée — et nous avons vu à quelles conditions elle est alors inattaquable par les porteurs — et fixent, d'autre part, les droits des porteurs dans le cas où la dissolution serait ainsi votée par anticipation. On devra alors observer cette détermination, ainsi que le 13 mars 1901, la Cour de Paris l'a décidé dans l'affaire des biscuits Olibet : (1)

« Considérant qu'il résulte de tout ce qui précède que le jugement du 29 mai 1899 a acquis l'autorité de la chose jugée en ce qui concerne la validité de l'assemblée qui a prononcé la dissolution ;

Qu'il est ainsi juridiquement et souverainement acquis que cette assemblée a statué dans la limite des pouvoirs conférés par les statuts ;

Que les résolutions par elles adoptées étaient utiles à la société, et que les actionnaires, en les votant, n'ont pas excédé leurs droits ;

1. *Le Droit*, 12 Juin 1901.

Que la Cour est uniquement appelée à se prononcer sur le point de savoir si Chibert père et fils, et la dame Bory, porteurs de parts de bénéfices ou de liquidation, sont fondés à réclamer aux liquidateurs, c'est-à-dire à la société, des dommages-intérêts ;

Que cette question doit se résoudre par l'interprétation des statuts, qui font la loi des parties, et la détermination, d'après ces statuts, des droits du fondateur, ou de ses cessionnaires, en cas de dissolution anticipée de la société ;

Considérant qu'il convient, avant tout, de remarquer, que les statuts n'ont pas créé des parts de fondateur, transmissibles au porteur dès la constitution de la société ;

Que l'article 43 stipule uniquement que 15 0/0 des bénéfices, remplacés lors de la liquidation par 15 0/0 du capital aux termes de l'article 51, appartiendront au sieur Chibert, en rémunération de son concours à l'organisation de la société, et que ces 15 0/0 de bénéfices pourraient être divisés en parts et représentés par des titres ;

Que les statuts sont muets sur la création de titres en représentation de 15 0/0 du capital ;

Que, sept ans seulement plus tard, Chibert, dans son intérêt personnel, a demandé à la société qui la lui a accordée, la création de titres nominatifs pour monnayer sa créance de 15 0/0 ;

Que la création de ces titres n'a pu modifier les droits originaux que Chibert tenait des statuts ;

Que, notamment les droits de Chibert, en cas de dissolution anticipée de la Société, ont été statutairement

fixés par l'article 51 du pacte social ; qui fait la loi des parties ;

Que cet article 51 dit clairement qu'en cas de dissolution anticipée, le produit de la liquidation sera réparti : 85 0/0 entre tous les actionnaires, et 15 0/0 à Chibert, fondateur, ou à ses ayants droit ;

Qu'ainsi, à moins de violer la règle fixée par cet article, Chibert, fondateur, ne peut obtenir plus de 15 0/0 en cas de liquidation ;

Qu'ainsi les parties ont librement et définitivement réglé la convention qui doit les régir en cas de dissolution ;

Que dès lors, les liquidateurs, en remettant à Chibert 15 0/0 de l'actif net provenant de la liquidation, sont entièrement libérés de leur obligation. »

CHAPITRE IX

DROITS DES PORTEURS AU CAS DE NULLITÉ DE LA SOCIÉTÉ

Tout intéressé peut demander la nullité de la société irrégulièrement constituée (article 41, loi du 24 juillet 1867). On sait comment, aujourd'hui, la responsabilité des fondateurs et premiers administrateurs est réglementée par la loi du 1^{er} août 1893, ainsi que les délais dans lesquels on doit intenter l'action en nullité.

Pour que les porteurs puissent agir en nullité, en qualité d'intéressés, il faut que la nullité invoquée soit une cause de la ruine de la société, qu'ils aient un intérêt à l'invoquer, et que la liquidation ne soit pas terminée (1).

C'est seulement lors de la réunion de ces conditions, que les porteurs, ayant au préalable fait prononcer la nullité, pourront agir en dommages-intérêts contre ceux dont la loi établit et sanctionne la responsabilité. Leur action sera donc repoussée, lorsqu'ils ne pourront établir que la nullité est la véritable cause du préjudice

1. Paris, 13 janvier 1899, *Journ. des Soc.*, 1899, 173.

dont ils se plaignent : « Attendu, a dit le 12 août 1891, le Tribunal de commerce de la Seine (1), que Jacob prétend qu'il aurait successivement acheté, en 1887 et 1888, 203 parts de fondateur pour prix desquelles il aurait payé, tant en espèces qu'en marchandises 87.300 francs, et que, comme conséquence de la nullité de la société, il serait en droit d'exiger des défendeurs le remboursement de cette somme, augmentée d'une indemnité, soit 100.000 francs ;

Attendu, tout d'abord, que Jacob ne justifie que d'un débours moins considérable que celui qu'il allègue ; qu'en outre, il ne fait pas la preuve qu'il ait été incité par les défendeurs à acheter ces titres ; qu'il est établi que les défendeurs, bien loin d'avoir contribué à faire croire au public que les parts de fondateur auxquelles ils n'ont jamais attribué aucune valeur nominale, avaient une valeur certaine quelconque, ont répandu l'opinion contraire par tous les moyens en leur pouvoir dès qu'ils ont su que des négociations s'opéraient sur ces titres ; que Jacob ne peut donc se prévaloir d'aucun fait dolosif ni dommageable à son égard de la part des défendeurs, et ne peut dès lors fonder son action sur les dispositions de l'article 1382 du Code civil ;

Attendu que les sommes qu'il a librement déboursées pour se rendre acquéreur des parts de fondateur ne sauraient, en aucun cas, le constituer créancier de la société, ni lui ouvrir en cette qualité un recours contre les auteurs de la nullité en vertu de l'article 42 de la loi du 24 juillet 1867 ;

1. *Gaz. du Pal.*, 91, 2, 346.

Attendu que Jacob n'est même pas dans la situation d'un actionnaire porteur d'un titre ayant une valeur nominale égale à la somme contributive originairement formée pour la constitution du capital social ; qu'il n'a acheté, à ses risques et périls, que des droits à une part éventuelle de bénéfices sociaux, et que, par suite il ne peut être admis à reprocher aux défendeurs que le tort ayant pu être fait à ces droits par la nullité ;

Et attendu que la ruine de la société est absolument étrangère à la nullité qui va être prononcée ; qu'elle a pour cause, soit l'insuffisance du capital réuni pour mettre en valeur les brevets apportés par Régnier, soit le défaut de véritable mérite industriel des procédés de fabrication préconisés de bonne foi ; qu'à aucune époque la société n'a fait de bénéfices ; que sa mise en liquidation, qui a anéanti tous les droits des parts de fondateur, n'est pas une conséquence de la nullité ; que les dernières conclusions de Jacob, qui seules auraient pu avoir une portée utile pour lui, doivent en conséquence être rejetées. »

Cette décision a été confirmée par la Cour de Paris (1) de la façon suivante :

« Considérant que la société anonyme dite « Société anonyme des nouveaux aciers » a été dissoute le 12 février 1890 ;

Que la liquidation en est terminée après réalisation de l'actif et acquittement intégral de tout le passif ;

Que Jacob n'a aucun intérêt à faire prononcer la nullité de ladite société, alors qu'il est établi que cette nul-

1. Paris, 3 mars 1896, *Journ. des Soc.*, 1897, 61.

lité est étrangère à la ruine de la société ; d'où il suit que les fondateurs intimes ne sauraient être rendus responsables du préjudice que Jacob prétend avoir éprouvé. »

Nous ne nous étendrons pas davantage sur le droit des porteurs au cas de nullité de la société, car ces droits supposent, pour pouvoir être pris en considération, l'existence d'une société prospère. Or la question de nullité, surtout depuis la loi de 1893, se posera rarement alors.

CHAPITRE X

COMPÉTENCE ET FINS DE NON-RECEVOIR

Nous avons vu, dans les chapitres précédents, les cas où les porteurs agissent en responsabilité lorsque l'assemblée générale a pris une décision qui, par ses conséquences, est abusive à leur égard. Indiquons rapidement quelles sont, dans ces diverses hypothèses, les règles de compétence et les fins de non-recevoir relatives à l'action de ces porteurs.

Tout d'abord, les parts de fondateur ayant, ainsi que nous l'avons établi, le caractère juridique des actions, les règles de compétence sont posées par l'article 631 du Code de commerce, aux termes duquel les juridictions consulaires sont compétentes pour connaître des contestations entre associés pour raison d'une société commerciale.

Ce sont les tribunaux du siège social qui, en général, reçoivent, dans les statuts, attribution de compétence entre associés. Les porteurs de parts étant des associés, cette clause leur est applicable. D'ailleurs, en vertu de la règle : *actor sequitur forum rei*, le tribunal du siège

social serait compétent même au cas de silence des statuts, pour connaître de l'action des porteurs dirigée contre la société.

Les statuts ne pourraient évidemment pas, de façon directe ou indirecte, retirer aux porteurs de parts le droit d'agir contre la société quand ils estiment que celle-ci s'est rendue vis-à-vis d'eux coupable d'un excès de pouvoir, d'une fraude, ou d'un abus. La jurisprudence est, avec raison, très ferme en ce sens (1).

Cependant la société peut, outre le défaut d'intérêt, opposer des fins de non-recevoir aux porteurs. Il en est ainsi, par exemple, lorsqu'il est acquis que les porteurs ont approuvé une mesure prise ; ils ne sauraient, alors, la critiquer ; par exemple, il a été décidé par la Cour de Paris, le 16 juillet 1896 (2), que si les porteurs ont reçu sans protestations ni réserves la part qui leur est dévolue dans les bénéfices par l'assemblée générale, ils ne peuvent plus critiquer en justice les prélèvements que cette même assemblée a ordonné de faire avant qu'ait lieu la répartition.

1 et 2. Paris, 16 juillet 1896, *Journ. des Soc.*, 1896, 414, et 8 juin 1901, 305.

CHAPITRE XI

DROIT FISCAL

Nous ne traiterons ici que des taxes fiscales spécialement établies sur les titres des sociétés ; nous n'avons pas à nous occuper des impôts que doivent, comme toute valeur, payer les parts de fondateur faisant l'objet d'une libéralité.

SECTION I

Droits de timbre

A. — DROIT RELATIF AUX TITRES MÊMES

Citons d'abord le texte de l'article 14 de la loi du 5 juin 1850 : « Chaque titre ou certificat d'*action* dans une société, compagnie ou entreprise quelconque financière, commerciale, industrielle ou civile, que

l'action soit d'une somme fixe ou d'une quotité, qu'elle soit libérée ou non libérée, émis à partir du 1^{er} janvier 1855, sera assujetti au timbre de 0,50 0/0 du capital nominal pour les sociétés, compagnies ou entreprises dont la durée n'excèdera pas pas 10 ans, et de 1 0/0 pour celles dont la durée dépassera dix ans. »

D'après l'article 27 : « Les titres d'*obligations* souscrits à compter du 1^{er} janvier 1851 par les départements, communes, établissements publics et compagnies, sous quelque dénomination que ce soit, dont la cession, pour être parfaite à l'égard des tiers, n'est pas soumise aux dispositions de l'article 1690 du Code civil, seront assujettis au timbre proportionnel de 1 0/0 du montant du titre. »

Notons que l'article 2 de la loi du 23 août 1871 a augmenté de deux décimes le montant de ces droits.

Supposons maintenant une société constituée pour huit années. Si la part de fondateur est une action, elle sera frappée du droit de timbre de 0,50 0/0 ; si c'est, au contraire, une obligation, c'est-à-dire un simple droit de créance, le timbre sera de 1 0/0. Les auteurs qui voient dans la part une simple créance, décident donc, logiquement, que le droit est de 1 0/0. Mais il nous semble que, tout au moins depuis l'arrêt de cassation de 1904, qui a définitivement consacré le système de la part-action, et que nous avons rapporté plus haut, la controverse est close. Le droit de timbre est de 0,50 0/0, en principal.

Remarquons qu'au cas où les parts de fondateur, créées dès le début de la société, sont mises en réserve pour être seulement attribuées en cours de société, le

droit de timbre ne sera dû qu'au moment de cette attribution.

B. — DROIT DE TIMBRE SUR LES OPÉRATIONS DE BOURSE

L'article 28 de la loi du 28 avril 1893 soumettait toute opération de bourse ayant pour objet l'achat ou la vente de valeurs de toute nature, au comptant ou à terme, à un droit de timbre de 0 fr. 05 par 1.000 francs.

La loi portant fixation du budget général des dépenses et des recettes de l'exercice 1908, promulguée au *Journal officiel* du 31 décembre 1907, p. 8837, porte dans son article 8 : « Le droit de timbre auquel l'article 28 de la loi du 28 avril 1893 soumet toute opération de bourse ayant pour objet l'achat ou la vente de valeurs de toute nature, au comptant ou à terme, est porté à 0 fr. 10 par 1.000 francs ou fraction de 1.000 francs du montant de la négociation. Il n'est pas innové, en ce qui concerne les opérations au comptant ou à terme relatives aux rentes sur l'Etat français. Le droit est fixé pour ces opérations à 0,0125 par 1.000 francs. Sur les opérations de report, le droit demeure fixé à 0,00625 par 1.000 francs pour la rente française, et à 0,025 par 1.000 francs pour toutes les autres valeurs françaises ou étrangères. »

Ces dispositions nouvelles sont applicables aux négociations opérées en Bourse sur les parts de fondateur.

SECTION II

Droit de transmission

On sait que le droit de transmission, applicable aux parts de fondateur comme à toute cession de titres est de 0 fr. 50 0/0 pour les titres nominatifs ; les titres au porteur, dont les transmissions ne peuvent être facilement contrôlées, sont soumis, qu'ils changent ou non de titulaires, à une taxe annuelle de 0 fr. 20 0/0 (Loi du 29 juin 1872, article 3).

SECTION III

Impôt sur le revenu

La loi du 29 juin 1872 soumet les titres des valeurs mobilières à une taxe de 3 0/0 sur le revenu, taxe portée à 4 0/0 par une loi du 26 décembre 1890. D'où il suit que les dividendes attribués aux parts, pendant la durée de la société, devront être soumis à la taxe de 4 0/0 (1). Et si les dividendes afférents aux parts n'étaient pas payés en espèces, mais en titres de nature quelconque, ces titres devraient acquitter l'impôt de 4 0/0.

1. Cassation, 27 novembre 1902, *Journ. des Soc.*, 1907, 149.

Ce n'est que sur le revenu proprement dit que l'impôt doit être perçu. En d'autres termes, si les parts ont été attribuées, non pour rémunérer l'initiative des fondateurs, mais en compensation d'apports en nature, jusqu'à concurrence de la valeur de ces apports, les premiers dividendes distribués aux parts, au lieu d'être considérés comme des bénéfices, des revenus soumis à l'impôt, devront être envisagés comme un remboursement soustrait à cet impôt, qui, inversement, frapperait au contraire dès le début les dividendes afférents aux parts excluant l'idée d'un apport en nature initial (1).

Au point de vue de l'impôt sur le revenu, c'est surtout en ce qui concerne le rachat des parts que la jurisprudence la plus récente de la Cour de cassation nous paraît intéressante à signaler. Il faut distinguer deux hypothèses très différentes.

A. — LE RACHAT EST OPÉRÉ AU MOYEN DE FONDS PROVENANT
D'UNE AUGMENTATION DE CAPITAL

Avant l'arrêt fondamental de 1904 qui assimile la part à l'action, la jurisprudence décidait que l'impôt de 4 0/0 était dû, dans cette hypothèse, alors que, cependant, le rachat n'était pas effectué avec des bénéfices sociaux ; le rachat constituait un bénéfice *pour le por-*

1. *Sic* : Houpin, II, n° 1340, note 43, et Trib. civ. Seine, 8 février 1901, *Journ. des Soc.*, 1901, 428.

teur ; les tribunaux civils, au cas de contestation, appréciaient ce bénéfice et ordonnaient sur lui la perception de la taxe (1).

Mais, depuis 1904, la Cour suprême estime qu'il n'y a de bénéfices que si les fonds affectés au rachat des parts ne sont pas prélevés sur le capital, ancien *ou nouveau*, de la société qui procède au rachat :

« Attendu que le rachat a lieu, non à l'aide de bénéfices sociaux, mais au moyen d'une augmentation du capital social par l'émission de 10.000 actions nouvelles ;

Attendu que, si les termes généraux et absolus de la loi du 29 juin 1872 assujettissent à la taxe de 3 0/0 élevée à 4 0/0 par la loi du 26 décembre 1890, la distribution, sous quelque forme qu'elle ait lieu, de tous les produits et bénéfices réalisés par les sociétés, sans faire aucune distinction, à raison soit de l'origine, soit de la nature de ces produits ; le prix de rachat, dans l'espèce, ne saurait donner ouverture à la perception de l'impôt, puisqu'il ne constitue pas un bénéfice réalisé *par la société* et distribué ensuite entre *ses membres* » (2).

B. — LES FONDS AFFECTÉS AU RACHAT PROVIENNENT
DES BÉNÉFICES SOCIAUX

Ici, la solution inverse s'impose, et l'impôt est dû :

« Attendu que l'article 1^{er} de la loi du 29 juin 1872

1. Trib. civ. Seine, 7 avril 1900, *Journ. des Soc.*, 1900 507. Le bénéfice était la différence entre la valeur moyennant laquelle le rachat était opéré, et la valeur originaire de la part.

2. Cassation, 13 novembre, 1906, *Journ. des Soc.*, 1907, p. 159.

établit une taxe annuelle de 3 0/0 portée à 4 0/0 par l'article 4 de la loi du 26 décembre 1890, sur « les intérêts, dividendes, revenus et tous autres produits des actions de toute nature des sociétés, compagnies ou entreprises quelconques, financières, industrielles, ou civiles ;

Attendu que les termes généraux et absolus de cette disposition assujettissent à ladite taxe la distribution de tous les bénéfices réalisés par les sociétés, sous quelque forme qu'elle ait lieu, et sans faire aucune distinction, à raison soit de l'origine, soit de la nature des produits ;

Attendu que le jugement attaqué constate : 1° que la compagnie du Bimétal a été constituée le 26 décembre 1892, au capital de 1.300.000 francs, divisé en 2.600 actions de 500 francs, et qu'il a été créé, en outre, 5.900 parts bénéficiaires de fondateur, au porteur, attribuées jusqu'à concurrence de 4.300 francs à Martin et Ducamp, comme complément de leurs apports en nature, et, pour le surplus, à chacune des 1.600 actions souscrites en espèces ; que l'assemblée générale des actionnaires a, par délibérations des 20 mars, 23 avril 1900 et 6 mars 1901, résolu d'élever le capital social à 2 millions et a autorisé le conseil d'administration à employer au rachat des parts de fondateur la somme de 129.500 francs à prendre tant sur les bénéfices de l'exercice 1899 que sur des réserves spéciales ; 3° qu'il a été ainsi racheté, en 1900, au prix de 91.667 francs 3.234 parts, estimées originairement, pour la taxe d'abonnement, à 5 francs chacune ;

Attendu que la compagnie a acquitté, le 14 novembre

1900, sur les produits réalisés par cette opération, la taxe de 4 0/0 ; mais que, par exploit du 23 juillet 1901, elle a assigné l'administrateur de l'enregistrement en restitution de ce versement, et que, par acte du 5 août suivant, elle a formé opposition à la contrainte décernée contre elle pour le paiement des droits exigibles sur les bénéfices résultant du rachat de 471 autres parts effectué en 1901 ;

Attendu que le Tribunal a accueilli la demande en restitution et a annulé la contrainte, sous le prétexte que le rachat des parts de fondateur « n'était pas prévu et réglé par les statuts », et qu'il n'était pas établi que les porteurs avaient agi directement en tant qu'associés en vue de l'extinction des titres ;

Mais, attendu d'une part, qu'il importe peu, pour l'exigibilité de l'impôt, que le rachat ait été prévu par les statuts, et, d'autre part, que, bien qu'effectuée par intermédiaires, cette opération n'en a pas moins eu pour effet de faire passer, de la caisse sociale dans le patrimoine personnel des porteurs, des produits dans la mesure de la différence entre la valeur originaire des titres et le prix payé lors de leur vente ; que, dans ces circonstances le rachat ne constitue pas un simple remboursement d'apports, mais une véritable distribution de produits faite par la société, et qu'ainsi se trouve accomplie la condition à laquelle la loi subordonne l'exigibilité de la taxe de 4 0/0 » (1).

La distinction faite par la Cour de cassation en matière de rachat de parts, nous semble très juridique :

1. Cassation, 17 décembre 1906, *Journ. des Soc.*, 1907, p. 347.

quand le rachat a lieu au moyen de fonds provenant d'une augmentation de capital, il ne donne pas lieu au paiement de l'impôt de 4 0/0, même sur le bénéfice, c'est-à-dire sur la plus-value encaissée par le titulaire de parts. parce que cette plus-value n'est pas payée au moyen de bénéfices sociaux. Inversement, l'impôt est dû si les fonds qui servent au rachat des parts proviennent de bénéfices sociaux, par exemple d'une réserve spécialement créée dans le but d'opérer le rachat.

CHAPITRE XII

OBSERVATIONS. GROUPEMENT DES PORTEURS ET PROJET DE RÉGLEMENTATION LÉGISLATIVE. CONCLUSION

L'étude des parts de fondateur a fait ressortir qu'à leur occasion de graves dissentiments ont pris naissance, et existent encore, tant en doctrine qu'en jurisprudence.

Il est vrai que la controverse fondamentale portant sur la question de savoir quelle est la nature juridique des parts de fondateur semble aujourd'hui, depuis 1904, définitivement tranchée par la Cour de cassation en faveur du système de la part-action, et nous avons tenté, au cours de notre travail, de mettre en relief les conséquences de cette doctrine que nous croyons seule exacte. Mais nombreuses sont les divergences qui séparent encore les auteurs; nombreuses sont encore les contradictions que présente la jurisprudence.

D'abord l'assimilation des parts aux actions, et plus particulièrement aux actions d'apport, devrait conduire la jurisprudence à prohiber leur négociation pendant les deux années qui suivent la constitution de la société.

Les motifs sont analogues à ceux qui, pour les actions d'apport, semblent justifier cette mesure. Or, la jurisprudence s'est, jusqu'ici, refusée à admettre cette prohibition (1). En tous cas, et *a fortiori*, elle ne devrait pas permettre la négociation des parts *avant* la constitution de la société, puisqu'à ce moment ces titres, affectant la forme de parts de la société civile dont le but est la constitution éventuelle de la société, représentent une valeur à ce point incertaine qu'on a pu les appeler des billets de loterie : « Elles ne participent pas, à proprement parler, à une loterie, mais aux chances plus ou moins sérieuses de la formation de la société ; si l'entreprise ne peut se constituer, la négociation des titres n'en reste pas moins acquise ».

Nous avons également signalé les controverses très vives qui se sont élevées à l'occasion de la validité de certaines clauses statutaires tendant à opérer une confusion plus ou moins complète entre l'action de capital et la part de fondateur. Nous avons sans doute admis que, dans leurs principaux caractères juridiques, les parts et les actions ordinaires étaient assimilables. Mais nous n'avons pas poussé l'assimilation jusqu'à les identifier complètement, ce qui pourrait aboutir à la violation des règles protectrices édictées par le législateur au sujet des actions. Notamment, nous n'avons pas admis la validité de la clause statutaire qui donnerait aux porteurs le droit de voter dans les assemblées générales.

1. D'autre part, un projet de loi, modifiant la législation des sociétés par actions, et déposé à la Chambre le 3 avril 1903, dispose « que les parts de fondateur peuvent être négociées à partir de la constitution de la société ».

Mais la légalité de plusieurs autres clauses que nous reconnaissons est vivement contestée. Rappelons, en tous cas, comme le dit le rapport de M. Bozérian, en 1884, que : « Si, pour faire fraude à la loi, les fondateurs évitaient de leur (à ces parts) donner le nom d'actions et les désignaient autrement, les titulaires auraient le droit de déjouer ces manœuvres et de restituer aux titres leur véritable qualification, comme aussi de déclarer applicables à ces sociétés les prescriptions auxquelles elles auraient espéré se soustraire ».

Mais c'est surtout à propos de la détermination, par les tribunaux, du quantum des dommages-intérêts à accorder aux porteurs, aux cas où il leur en est dû, que la doctrine a formulé des critiques. En raison même de l'incertitude de valeur du titre, il est fort difficile, en effet, pour ne pas dire impossible, aux tribunaux, de procéder à une évaluation précise de l'indemnité à accorder aux porteurs. Supposons, par exemple, une dissolution anticipée : comment prévoir les bénéfices qu'eût été appelés à faire, durant les exercices futurs, la société prématurément dissoute ? « J'affirme, disait M. Thaller, en 1900, au congrès international des sociétés par actions, qu'il est *impossible* à un tribunal, en France ou dans n'importe quel pays, de faire l'état des dommages-intérêts qu'il y a lieu de servir aux fondateurs dans une circonstance comme celle-là ; ou les dommages-intérêts seront modestes, peu en rapport avec les demandes des fondateurs, ou bien ils absorberont le fonds social en très grande partie ».

Cette critique est certainement fondée ; mais on peut l'atténuer par la remarque qu'il existe de fort nombreux

cas où l'appréciation des faits par les tribunaux est également très délicate ; et où la fixation des dommages-intérêts n'est pas, par suite, quoiqu'on fasse, susceptible d'être opérée avec une précision absolue : il en est ainsi quand il s'agit de déterminer le préjudice subi en raison d'une diffamation, d'une violation de promesse de mariage... D'autant que les tribunaux, en notre matière, ne sont pas totalement dépourvus de bases d'appréciation ; ils peuvent mettre à profit les bénéfices qui, dans les exercices antérieurs, ont été attribués aux parts ; ils peuvent faire état du cours auquel, en Bourse, la part est cotée. Aussi ces inconvénients, et d'autres analogues, que présentent les parts dans l'état actuel de notre législation, ont-ils conduit d'éminents jurisconsultes à formuler le vœu que des règles très restrictives soient adoptées contre ces titres. M. Thaller, notamment, argumentant d'ailleurs des dispositions de la loi italienne, propose que « les porteurs de parts soient sujets à une réglementation de leur droit en ce qui concerne la durée du temps pendant lequel doit s'exercer leur participation ; on déclarerait, par exemple, qu'elle ne durerait que cinq ans. On limiterait ainsi, dans le temps, la gêne qu'emportent avec eux les titres bénéficiaires. On pourrait ajouter que la réglementation s'étendra également au montant de leur participation, ne dépassera pas par exemple 10 ou 20 0/0 pendant ces cinq années ». Il serait à craindre que ces dispositions, si elles venaient à être adoptées, ne fissent disparaître de la pratique l'usage des parts de fondateur dans les sociétés, usage dont nous nous sommes efforcés d'établir l'utilité au début de cette étude ; car les parts

seraient sans valeur dans la plupart des cas : au début des sociétés, en effet, les dividendes ne sont pas très considérables ; certains essais plus ou moins heureux se traduisent par des pertes qu'il faut réparer, etc... ; ce n'est qu'après un certain temps que la société devient réellement prospère ; la preuve en est que l'on a coutume de verser aux actionnaires, dans les débuts, l'intérêt de leur argent à titre de dividende d'attente.

Mais, tout en estimant la réglementation précédente trop rigoureuse pour les porteurs, nous ne saurions néanmoins souscrire à la résolution votée en 1900 par le congrès des sociétés par actions : « La convention des parties doit régler librement, sans intervention de la loi, tout ce qui concerne les parts de fondateur ». Si l'on prenait ce vote en considération, les incertitudes et les divergences que nous avons signalées au cours de cette étude persisteraient. A notre avis une réglementation du régime des parts s'impose. Elle doit être l'œuvre du législateur. Elle a d'ailleurs été proposée récemment au Parlement. Mais avant de passer à l'étude de ce projet, et pour en mieux saisir la portée, il convient d'exposer la théorie actuelle du groupement des porteurs de parts.

Groupement des porteurs de parts

L'opposition d'intérêts qui, nous l'avons vu, se produit fréquemment entre les actionnaires proprement dits et les porteurs, peut donner naissance à des difficultés de nature à entraver le développement des socié-

tés. En cas d'augmentation de capital, en cas de dissolution anticipée suivie de fusion, et dans d'autres hypothèses encore, les réclamations des porteurs sont souvent portées devant les tribunaux. D'où l'idée d'établir, entre la société et les porteurs, une entente préalable aux modifications statutaires en projet.

Mais, les porteurs n'étant pas souvent individuellement connus de la société, et l'opposition d'un seul porteur pouvant rendre impossible l'exécution de la mesure projetée, les sociétés, dans leurs statuts, organisent le groupement des porteurs, en forment une sorte d'association. Le pacte social détermine la composition de cette société spéciale, le fonctionnement de ses assemblées, les résolutions qu'on y peut adopter, et n'oublie pas de poser la règle que les décisions adoptées à une certaine majorité seront obligatoires pour la minorité dissidente, ou pour les porteurs non présents à la délibération. La légalité de ces clauses, de même que leur force obligatoire, est certaine, puisque ce sont les statuts qui les édictent, et que chaque porteur, en recevant une part, adhère, pour lui et ses cessionnaires, aux dispositions du pacte social qui l'ont créée.

Les pouvoirs de cette société de porteurs sont plus ou moins étendus suivant les statuts ; mais en général le pacte social décide que la société en question sera substituée aux porteurs qui la composent, en ce sens que l'initiative individuelle sera remplacée par celle du groupement, et que la collectivité des porteurs aura seule le droit d'agir au nom de ses membres. Il en est ainsi, notamment, de la faculté d'ester en justice.

Nous nous abstenons de rechercher ici la nature

juridique de ce groupement. On peut établir son analogie soit avec une société civile, soit avec un syndicat, soit avec une association conforme à la loi du 1^{er} juillet 1901. Dans tous les cas, le directeur du groupement pourra au nom de celui-ci, intenter une action contre la société qui lèse les droits des porteurs. On obtiendrait d'ailleurs le même résultat, par la remarque que la société, en organisant le groupement, a implicitement renoncé au droit d'opposer au directeur agissant au nom du groupement, la fin de non-recevoir qui sanctionne la règle que « nul en France n'agit par procureur » (1).

Supposons maintenant que la société prenne une décision sans consulter le groupement des porteurs qu'ont organisé les statuts, ou passe outre à la délibération des porteurs qui se sont prononcés contre la décision sociale. Quelle sera alors la sanction ? Nous distinguerons deux hypothèses.

1^o Si la décision de l'assemblée générale des actionnaires peut être annulée utilement, elle pourra l'être, pensons-nous, à la demande du directeur du groupement. Mais nous avons déjà observé que cette annulation sera très rarement susceptible de réalisation, en sorte que la véritable sanction sera presque toujours celle que nous admettons dans notre seconde hypothèse. Cependant, au cas où l'assemblée des actionnaires aurait illégalement décidé d'enlever aux porteurs

1. Trib. civ. Seine, 22 juin 1898, *Journ. des Soc.*, 1898, 524; Cassation, 19 novembre 1879, S., 1880, 1, 56; Cassation, 19 février 1884, *Gaz. du Palais*, 1886, 1, 47; Lyon-Caen et Renault, II, n^o 593.

une répartition de dividendes annuels, l'annulation de cette délibération serait utilement prononcée.

2° S'il est impossible, au contraire, d'annuler utilement la décision, par exemple, si elle est d'un effet irrévocable, comme lorsqu'elle prononce la dissolution anticipée en vue d'une fusion, il y aura seulement condamnation de la société à des dommages-intérêts.

PROJET DE LOI

Examinons maintenant le projet de loi déposé à la Chambre par le garde des sceaux le 4 juillet 1903 (*Revue des Sociétés*, 1904, p. 33), puis, dans la législation suivante, le 18 juin 1906. Nous en extrayons le titre relatif aux parts (titre II). Le titre I^{er} réglemente les obligations, et comprend les dix-sept premiers articles :

TITRE II

« *Article 18.* — Les porteurs de parts de fondateur ou bénéficiaires, dont les droits sont définis par l'article 4 de la loi du 24 juillet 1867, peuvent, nonobstant toute clause contraire des statuts, se réunir en assemblée générale et prendre, à la majorité, en se conformant aux règles des articles 22, 23, 24 et 25, des résolutions qui s'imposent aux porteurs.

Article 19. — Les statuts peuvent autoriser les porteurs de parts à assister aux assemblées générales d'ac-

tionnaires, mais sans voix délibérative, à peine de nullité des délibérations.

Article 20. — Les assemblées de porteurs de parts sont convoquées par la société. L'assemblée doit être convoquée lorsque des porteurs possédant le vingtième au moins des parts réclament cette convocation par écrit avec indication d'un ordre du jour.

Article 21. — Les dispositions des articles 5, 6, 7, 8, 9, (1) et dernier, ci-dessus, sont applicables aux assemblées des porteurs de parts.

Article 22. — L'assemblée ne peut délibérer que si elle est composée d'un nombre de porteurs possédant la moitié au moins des parts émises. Les résolutions, pour être valables, doivent réunir la moitié plus une au moins des voix des membres présents ou représentés. Chaque porteur a, dans l'assemblée, autant de voix qu'il possède de parts.

Article 23. — L'assemblée régulièrement constituée statue sur toutes les questions qui lui sont soumises. Elle peut consentir notamment à la réduction du droit aux bénéfices, au rachat des parts par la société, à la conversion des parts en actions.

Article 24. — La conversion des parts de fondateur en actions ne peut être décidée que deux ans après la constitution de la société. Les actions créées en repré-

1. Ces articles font partie du titre I, et se réfèrent au mode de convocation et à la tenue des assemblées.

sensation des parts ne sont pas assujetties à la prohibition de la négociation édictée par l'article 3 de la loi du 24 juillet 1867.

Article 25. — Dans toute société ayant émis des parts de fondateur, les modifications touchant à l'objet ou à la forme de la société, autorisées par l'article 31 de la loi de 1867, ne sont valables qu'autant que l'assemblée générale des porteurs de parts délibérant conformément à l'article 22, approuve la modification.

L'assemblée convoquée à cet effet ne peut délibérer que si elle est composée d'un nombre de porteurs représentant les deux tiers au moins des voix des membres présents ou représentés.

Article 26. — Les porteurs de parts ne peuvent s'opposer à la dissolution anticipée de la société, prononcée sans fraude par les actionnaires, conformément à la loi et aux statuts.

La proposition de dissolution anticipée est soumise à une assemblée de porteurs de parts, réunie conformément aux articles 21 et 22. Si l'assemblée approuve la dissolution, aucun porteur de parts ne pourra en contester les effets en justice, ni exercer une action en dommages-intérêts de ce chef contre la société.

Article 27. — L'assemblée des porteurs peut nommer un représentant qui sera investi des pouvoirs accordés par les articles 11 et 12 aux représentants des obligataires.

Article 28. — Sont punis des peines portées en l'article 403 du Code pénal :

1^o Les gérants ou administrateurs, qui, dûment avertis, ne convoquent pas l'assemblée des porteurs dans la huitaine de la réquisition ;

2^o Ceux qui, en se présentant comme porteurs de parts qui ne leur appartiennent pas, ont voté aux assemblées générales ;

3^o Ceux qui ont remis des parts pour en faire un usage frauduleux ;

4^o Ceux qui se font garantir ou promettre des avantages particuliers, pour voter, dans l'assemblée, dans un certain sens, ou pour ne pas participer au vote. La même peine est applicable à celui qui garantit ou promet ces avantages particuliers.

L'article 463 du Code pénal est applicable aux faits prévus par le présent article. »

Voici maintenant les passages les plus importants de l'exposé des motifs (1) qui accompagne le projet :

« La part de fondateur est un titre attribué tantôt gratuitement, tantôt en échange de prestations en travail, en capital, ou exceptionnellement en nature, et qui donne droit à une part des bénéfices nets de la société sans participation aux pertes.

Une question fondamentale divise les jurisconsultes, celle de savoir si la part constitue un droit d'associé ou une créance.

Le problème a donné lieu à de vifs débats. Nous n'entrerons pas ici dans son examen. Disons seulement que d'après l'opinion dominante la part est considérée

1. *Revue des Sociétés*, 1904, 133.

comme une créance de bénéfices éventuels, et non comme un droit d'associé.

Pour mettre fin à toute difficulté à cet égard, l'article 3 de la loi de 1867 modifié par le projet déposé à la Chambre (1), précise le seul droit qu'on puisse attribuer à la part.

Certains spéculateurs, méconnaissant le véritable caractère des parts, ont tenté par des moyens coupables de leur donner le caractère d'actions. C'est ainsi que les statuts confèrent aux parts un droit de copropriété dans le fonds social. On leur réserve aussi des droits dans l'actif à l'époque de la dissolution et du partage. C'est encore pour remédier à ces abus qui dénaturent le caractère de ces titres, c'est pour empêcher les tromperies dont les porteurs sont souvent victimes, que le projet de réforme de la loi de 1867 dispose que les parts de fondateur ne doivent jamais donner droit qu'à des bénéfices. L'article 4 du projet est ainsi conçu :

« Les avantages consentis aux fondateurs ou à tout autres personnes peuvent être représentés par des titres négociables qui ne donnent droit qu'à une part dans les bénéfices.

« Les parts de fondateur ou bénéficiaires peuvent être négociées à partir de la constitution de la société. »

Les porteurs de parts ne peuvent être assimilés à des créanciers. Ils n'ont aliéné en faveur de la société aucun capital. Ils n'ont donc pas à en demander le remboursement. Leur droit se borne à une portion aléatoire des

1. Projet de modification des lois de 1867 et 1893 dont nous avons déjà parlé.

bénéfices sociaux. On peut sans inconvénient conférer à ces porteurs réunis en assemblée générale des pouvoirs plus étendus que ceux attribués aux obligataires. La loi se borne donc à les énumérer sans les limiter.

Il fallait cependant prévoir une fraude possible. Des fondateurs créent une société avec un capital restreint, mais avec un grand nombre de parts. Peu de temps après la constitution, on fait voter la conversion des parts en actions, et on évite ainsi les formalités légales de la vérification des apports, de la souscription du capital, etc...

Pour obvier à cet inconvénient; l'article 24 du projet édicte que la conversion des parts en actions ne pourra être décidée que deux ans après la constitution.

Les porteurs de parts sont des tiers. Mais ils tiennent leur droit du fondateur de la société ; ils suivent plus que les créanciers le sort de la société, puisqu'ils n'ont droit qu'à des bénéfices.

La majorité des porteurs doit donc, si l'intérêt commun l'exige, pouvoir consentir aux modifications statutaires, et c'est dans ce but que l'article 25 a été rédigé. Mais, la délibération étant très grave, le quorum a été porté à un chiffre supérieur à celui des délibérations ordinaires.

La dissolution anticipée des sociétés a donné naissance à de nombreux procès intentés par les porteurs de parts dont les intérêts se trouvent lésés par la dissolution. La justice a souvent reconnu que la dissolution avait été inspirée par la nécessité de faire disparaître

les parts qui faisaient obstacle à une reconstitution, et les porteurs ont obtenu des dommages-intérêts.

Il ne peut être question de conférer aux porteurs le droit d'empêcher la dissolution anticipée de la société votée sans fraude. Le projet consacre expressément ce principe.

Il exige cependant qu'en cas de dissolution les porteurs soient consultés, et voici dans quel intérêt : il s'agit d'éviter les procès. Or de deux choses l'une : ou l'assemblée des porteurs, moyennant quelques avantages, acceptera la dissolution et alors aucune réclamation ne pourra être formulée. Si l'assemblée n'approuve pas, ce vote n'empêche pas la dissolution, mais les porteurs ont une action en dommages-intérêts.

Ce projet de loi a fait l'objet d'un rapport de M. Chastenet (*Revue des Sociétés*, 1907, p. 311), dont nous extrayons ce qui suit :

« Nous avons déjà résolu la première difficulté que soulèvent les parts de fondateur, celle de leur nature juridique dans l'article 4 (du projet de modification des lois de 1867 et 1893, également rapporté par M. Chastenet), aux termes duquel « les avantages consentis aux fondateurs ou à tout autres personnes peuvent être représentés par des titres négociables qui ne donnent droit qu'à une part dans les bénéfices ».

Nous avons voulu ainsi mettre fin à certains abus qui se produisaient et qui consistaient à conférer aux parts de fondateur des droits inhérents à l'action comme de participer aux assemblées d'actionnaires, ou de partager l'actif social à la dissolution de la société.

Pour compléter cette disposition nous proposons d'ajouter que « les statuts peuvent autoriser les porteurs de parts à assister aux assemblées générales d'actionnaires, mais sans voix délibérative, à peine de nullité des délibérations ».

Le projet a surtout pour but d'organiser l'assemblée des porteurs de parts, pour leur permettre de discuter de leurs intérêts en commun, et faciliter leurs rapports avec la société.

D'une part, les porteurs de parts ont intérêt à se grouper pour la défense de leurs droits.

De l'autre, des circonstances diverses peuvent nécessiter un accord entre eux et la société. Par exemple, la société désirerait obtenir des porteurs de parts des réductions quant aux répartitions de bénéfices, en vue d'une émission nouvelle d'actions qui pourrait lui procurer les capitaux indispensables, ou la société veut fusionner avec une autre, ou racheter les parts, ou les convertir en actions, etc.

Dans l'état actuel, la résistance d'un seul porteur peut faire échouer la combinaison. Aussi le projet autorise-t-il la réunion d'assemblées des porteurs, dans lesquelles les résolutions de la majorité s'imposeront à la minorité...

Il apparut suffisant d'exiger que la moitié des parts émises soit représentée, et que la résolution soit votée par la moitié des voix plus une.

C'est qu'en effet, à la différence des obligataires qui sont des créanciers, dont les droits ne peuvent être modifiés, en principe, par une majorité, en dehors des

cas de faillite et de liquidation judiciaire, sans l'adoption de précautions multiples, les porteurs de parts n'ont aliéné au profit de la société aucun capital, dont ils aient à demander le remboursement ; leur droit se borne à une portion des bénéfices sociaux. On peut donc permettre à ces porteurs de prendre plus facilement leurs décisions...

Conversion des parts en actions. — Il peut y avoir fraude. Des fondateurs créent une société avec un capital restreint, mais avec un grand nombre de parts. Peu après la constitution, les actionnaires voteraient et feraient voter par les porteurs leur conversion en actions. On éviterait ainsi la vérification des apports, la souscription du capital, le versement du quart, etc... Pour obvier au danger, l'article 24 du projet édicte que la conversion des parts en actions ne pourra être décidée que deux ans après la constitution de la société.

Modifications statutaires. — Les porteurs de parts, dont les droits se trouveraient atteints, doivent pouvoir consentir à ces modifications. Mais l'article 25 élève le quorum aux $\frac{2}{3}$ et la résolution doit réunir les $\frac{3}{4}$ des voix.

Dissolution anticipée. — En cas de dissolution anticipée, le projet exige que les porteurs de parts soient consultés ; si l'assemblée n'approuve pas la dissolution, les porteurs de parts conservent le droit de réclamer des dommages-intérêts. »

Nous allons reprendre les principales dispositions du

projet pour rechercher s'il convient de les accepter, avec ou sans réserves.

A. — ORGANISATION ET RÉGLEMENTATION DES ASSEMBLÉES
DES PORTEURS

Cette réglementation ne nous paraît pas soulever d'objection. Au lieu d'être l'œuvre des statuts, elle sera désormais l'œuvre de la loi.

B. — ASSISTANCE AUX ASSEMBLÉES GÉNÉRALES
D'ACTIONNAIRES

Nous approuvons pleinement les dispositions de l'article 19 du projet : les statuts peuvent autoriser les porteurs à assister aux assemblées générales d'actionnaires ; les titulaires de parts peuvent même avoir voix consultative ; mais les statuts ne sauraient valablement leur accorder voix délibérative. Ces dispositions sont conformes à la doctrine que nous avons soutenue.

C. — CONVERSION DES PARTS EN ACTIONS

Cette conversion ne peut être décidée que deux ans après la constitution de la société. A partir de ce

moment, ces actions échappent à la prohibition de négociation : cette dernière solution s'impose, deux années s'étant écoulées depuis la constitution. Mais que décider précisément pour les deux années qui suivent la constitution de la société, alors que les parts ne peuvent encore faire l'objet d'une conversion en actions ? Ces parts sont-elles, ou non, négociables ? Le projet de modification, des lois de 1867 et de 1893, conformément à la jurisprudence, admet que « les parts bénéficiaires pourront être négociées à partir de la constitution de la société ». Nous avons longuement, au cours de notre étude, combattu cette solution ; nous ne pouvons que maintenir nos critiques et désirer que, lors de la discussion du projet, la solution contraire soit définitivement adoptée.

D. — DROIT SUR L'ACTIF SOCIAL

Nous avons admis que hors le cas où il serait démontré que cette clause a pour but de faire fraude à la loi sur les sociétés, les statuts pourraient accorder aux porteurs un droit sur l'actif social, lors de la liquidation, en concours avec les actionnaires ordinaires. Le projet de modification des lois de 1867 et de 1893, évidemment dans le dessein de prévenir une pareille fraude, se montre rigoureux en déclarant nulle la clause statutaire en ce sens. Son article 4 dispose, en effet, que les parts ne peuvent *jamais* donner droit qu'à des bénéfices.

E. — DISSOLUTION ANTICIPÉE

Le projet sur les parts au moins implicitement, consacre notre théorie. L'assemblée des porteurs apprécie les motifs de la dissolution anticipée. En cas d'approbation, les porteurs dissidents ne peuvent se plaindre. Au cas de désapprobation, le directeur du groupement des porteurs peut, en leur nom, agir en dommages-intérêts. En somme le projet adopte ici la solution proposée par M. Antoine Faure, au congrès de 1900 sur les sociétés par actions, que les porteurs aient droit à une indemnité dans le cas de dissolution anticipée *sans motifs légitimes*. On peut, il est vrai, critiquer cette disposition, en arguant de la difficulté qu'éprouve un tribunal à apprécier en fait, hors le cas de fraude, si la société a ou non des motifs justificatifs de dissolution anticipée. Nous avons déjà répondu à cette objection qu'il est de nombreux cas où l'appréciation des tribunaux est tout aussi délicate, et où ils ne peuvent néanmoins s'en dispenser.

F. — MODIFICATIONS STATUTAIRES

Ces modifications pourront désormais être consenties par une assemblée de porteurs dont la majorité, d'ailleurs accrue, fera la loi à la minorité.

G. — NATURE JURIDIQUE

L'exposé des motifs, rédigé avant l'arrêt de Cassation de 1904, indique d'abord que le système dominant semble être celui de la part créance. L'article 4 de projet de modification des lois de 1867 et de 1893 pose, d'autre part, en principe, que les porteurs ne peuvent avoir jamais droit qu'aux bénéfices. Mais, après avoir attiré l'attention sur cette disposition, l'exposé des motifs du projet sur les parts, ajoute : Les porteurs de parts ne peuvent être assimilés à des créanciers » et « on peut sans inconvénient conférer à ces porteurs réunis en assemblée générale, des pouvoirs plus étendus que ceux attribués aux obligataires ». Et encore, un peu plus loin : « Les porteurs de parts sont des tiers ; mais ils tiennent leur droit du fondateur de la société ; ils suivent, *plus que les créanciers*, le sort de la société, puisqu'ils n'ont droit qu'à des bénéfices ». En réalité, l'un et l'autre projet dénie aux parts deux des caractères que présentent, en général les actions : le droit sur l'actif social, le droit de s'ingérer dans la gestion, notamment sous la forme du vote à l'assemblée générale. Inversement, en revanche, ils reconnaissent aussi l'un et l'autre aux parts les deux droits que, très exactement, suivant nous, la Cour de cassation considère comme caractéristiques de l'action : le droit au bénéfice et la transmissibilité par les voies commerciales. A dire vrai, l'antagonisme entre la théorie de la part-action et celle

de la part-créance est très atténué par les dispositions qu'édicte, de façon expresse, le projet sur les parts, touchant les questions à propos desquelles cet antagonisme s'était le plus nettement affirmé ? En sorte que la controverse fondamentale sur la nature juridique de la part de fondateur perd ainsi beaucoup de son importance. Il n'en est pas moins certain que le projet laisse subsister sur cette question capitale une équivoque que la discussion, éclairée d'ailleurs par la jurisprudence récente de la Cour de cassation, est sans doute appelée à faire disparaître.

Quoi qu'il en soit, la théorie des parts de fondateur prendra, par l'adoption du projet, une forme moins imprécise, et nous formulons en conséquence le vœu que, dans un avenir qui ne soit pas trop éloigné, le projet vienne en discussion devant les chambres, et que ses dispositions, amendées en notre sens, prennent place dans le droit positif.

Paris, le 3 décembre 1909.

VU :

Le Président de la thèse,
G. CHAVEGRIN.

VU :

Le Doyen de la Faculté,
CH. LYON-CAEN.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Vice-Recteur de l'Académie de Paris,
L. LIARD.

BIBLIOGRAPHIE

CHAVEGRIN. — Note S., 1889, I, 417.

Compte rendu sténographique du congrès international des sociétés par actions (p. 119-137).

Dalloz, 1893, 1903.

Le Droit, 1900, 1901, 1903, 1890.

Gazette du Palais, 1884, 1886, 1888, 1891, 1894, 1895, 1896, 1898, 1900, 1901, 1903.

GÉNEVOIS. — Nouveau régime des sociétés.

HOUPIN. — Traité des sociétés.

Journal des Sociétés, 1887, 1890, 1893, 1894, 1895, 1896, 1897, 1898, 1899, 1900, 1901, 1902, 1903, 1904, 1907, 1909.

Journal du Tribunal de commerce, 1899.

LECOUTURIER. — Traité des parts de fondateur.

La Loi, 1890.

LYON-CAEN et RENAULT. — Traité de droit commercial.

MAZAS. — Les parts de fondateur (thèse Lyon, 1901).

PERCEROU. — Des fondateurs de sociétés anonymes (thèse).

— Note D., 1907, II, I.

Revue des Sociétés, 1906, 1907, 1886, 1893, 1895, 1904.

Revue trimestrielle du nouveau régime des sociétés, 1897, 1899, 1901.

Sirey, 1888, 1896, 1880, 1892, 1901.

THALLER. — Notes D. 1899, I, 553, et II, 361.

— *Revue critique*, articles, 1881, 1887.

— Traité de droit commercial.

TRYSTRAM. — Les parts de fondateur (thèse).

VALERY. — Note D., 95, 2, 301.

VAVASSEUR. — Articles. *Revue des Sociétés*, 1890, 1895.

WAHL. — Étude sur les parts de fondateur, *Journal des Sociétés*, 1897.

— Note S., 1898, II, 89.

TABLE DES MATIERES

	Pages
CHAPITRE PREMIER	
NOTIONS GÉNÉRALES ET HISTORIQUES	1
CHAPITRE II	
CARACTÈRE JURIDIQUE DES PARTS DE FONDATEUR	13
Premier système. — Créance	17
Deuxième système. — Participation	20
Troisième système. — Part-intérêt	21
Quatrième système. — Part d'associé	24
Cinquième système. — Action	26
CHAPITRE III	
LÉGALITÉ DES PARTS DE FONDATEUR	33
CHAPITRE IV	
DE LA CRÉATION DES PARTS DE FONDATEUR.	38
CHAPITRE V	
NÉGOCIATION DES PARTS DE FONDATEUR	43
A. Période antérieure à la constitution	45
B. Période postérieure à la constitution	47
CHAPITRE VI	
DROITS ET DEVOIRS DES PORTEURS VIS-A-VIS DE LA SOCIÉTÉ PENDANT	
SA DURÉE	57
SECTION I. — <i>Des obligations des porteurs.</i>	58
SECTION II. — <i>Droits des porteurs.</i>	69

CHAPITRE VII

	Pages
LES PORTEURS EN PRÉSENCE DES MODIFICATIONS STATUTAIRES EN	
COURS DE SOCIÉTÉ.	98
SECTION I. — <i>Réduction du capital social</i>	99
SECTION II. — <i>Augmentation du capital social</i>	101
SECTION III. — <i>Rachat des parts</i>	108
SECTION IV. — <i>Conversion des parts en actions de</i> <i>jouissance</i>	114
SECTION V. — <i>Prorogation de la Société</i>	116

CHAPITRE VIII

LES PORTEURS A LA DISSOLUTION DE LA SOCIÉTÉ	118
SECTION I. — <i>Dissolution normale</i>	118
SECTION II. — <i>Dissolution anticipée</i>	121

CHAPITRE IX

DROITS DES PORTEURS AU CAS DE NULLITÉ DE LA SOCIÉTÉ	141
---	-----

CHAPITRE X

COMPÉTENCE ET FINS DE NON-RECEVOIR	145
--	-----

CHAPITRE XI

DROIT FISCAL.	147
-----------------------	-----

CHAPITRE XII

OBSERVATIONS. GROUPEMENT DES PORTEURS ET PROJET DE RÉGLE- MENTATION LÉGISLATIVE.	156
CONCLUSION	176

